Das

pactum de mutuo dando.

Von

Dr. jur. Ludwig Fourman

Referendar.

St. Johann a. d. Saar.

Druck der Pecheur'schen Buchdruckerei.

1896.

Das

pactum de mutuo dando.

Von

Dr. jur. Ludwig Fourman

Referendar.

St. Johann a. d. Saar.

Druck der Pecheur'schen Buchdruckerei.

1896.

Meinen lieben Eltern

zum

21. Oktober 1896.

Inhalt.

Einleitung.

I. Das pactum de mutuo dando in seiner Beziehung zu verwandten Rechtsgeschäften.

§ 1. A. Pactum de mutuo dando und mutuum.

§ 2. B. Pactum de mutuo dando und Crediteröffnungsvertrag.

§ 3. II. Das pactum de mutuo dando, ein einseitiger Vertrag.

§ 4. III. Inhalt des pactum de mutuo dando.

IV. Besonderheiten des pactum de mutuo dando.

§ 5. A. Form desselben.

§ 6. B. Unzulässigkeit der Cession.

§ 7. C. Die clausula rebus sic stantibus bei dem pactum de mutuo dando.

Litteratur.

Adler, Realcontrakt und Vorvertrag. In Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. 31. Bd. 1892. p. 190 ff.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1892.

— Kritische Blätter.

Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrage. Im Archiv für die civilistische Praxis. 71. Bd. S. 1 ff.

Demelius, Realcontrakte im heutigen Rechte. In Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. 3. Bd. S. 399 ff.

Dernburg, Pandekten. 1887.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. S. 843 ff.

Eisele, Über Realcontrakte. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht. Neue Folge. 3. Bd. 1. Heft. S. 1 ff.

Göppert, Zur Lehre von den pacta de contrahendo. Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 14. Bd. S. 400 ff.

Kohler, Darlehen und Vorvertrag. In den gesammelten Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht, entnommen den Annalen der badischen Gerichte und der Zeitschrift für französisches Civilrecht. Mannheim 1883. S. 44 ff.

— Über das Consensualdarlehen. In dem Archiv für bürgerliches Recht. 2. Bd. S. 211 fg.

Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen. 1. Heft. 1868.

Sintenis, „Was ist Gegenstand der Klage aus obligationem ad faciendum überhaupt uud der actio emti im besonderen d. i. worauf sind diese nach heutigem Rechte zu richten, wie ist die Verurteilung zu fassen, und wie die Hülfe zu vollstrecken." In Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Process. 11. Bd. S. 20 ff.

Storch, Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung des l. 20 D. de reb. cred. (XII. 1) für denselben. Ein Beitrag zur Frage der Realcontrakte.

Suffrian, Das pactum de mutuo dando nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts.

Unger, Realcontrakte im heutigen Rechte. In Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. 8. Bd. S. 1 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. Aufl.

Die nur beiläufig benutzten Schriften sind in den Fussnoten vermerkt.

Die Quellenstellen sind nach der Kriegel'schen Ausgabe des corpus juris citiert.

Einleitung.

Die vorliegende Abhandlung soll sich mit der Darstellung eines Rechtsgeschäftes befassen, dem in der juristischen Litteratur nur ein sehr bescheidener Platz eingeräumt ist. Während manche Materien eine Überfülle von Bearbeitungen aufweisen, müssen wir für das pactum de mutuo dando das Gegenteil behaupten.

Pactum de mutuo dando! Vergebens wird man in den Schriften der römischen Juristen und in dem Gesetzbuche Justinian's nach diesem Ausdrucke suchen. Der römischen Rechtswissenschaft war er fremd. Erst das gemeine Recht hat ihn aufgestellt oder — um mit Storch zu reden, das gemeine Recht hat ihn „erfunden".

Es versteht darunter, ganz allgemein gesagt, einen Vertrag des Inhaltes, dass der eine Contrahent dem andern ein Darlehen zu geben verspricht.

Mit der Darstellung des pactum de mutuo dando beschäftigt sich eine einzige Monographie: Suffrian's kleine, nur wenige Seiten zählende Schrift „Das pactum de mutuo dando nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts". Auf Vollständigkeit und Gründlichkeit darf die Abhandlung keinen Anspruch erheben.

Es sind die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in ihrer Anwendung auf das pactum de mutuo dando. Die zweite Hälfte der Arbeit ist der Interpretation einer Quellenstelle gewidmet, der l. 20 D. de reb. cred. (XII. 1), die das pactum de mutuo dando gar nicht einmal ex professo behandelt.

Die Lehrbücher der Pandekten schenken dem pactum de mutuo dando keine oder doch nur sehr geringe Beachtung. Meist wird es bei der Darstellung des Darlehens mit einigen Worten berührt. Wie auf allen Gebieten der Doktrin, so herrscht auch bei dem pactum de mutuo dando keineswegs Einhelligkeit der Ansichten und es wird unsere erste Aufgabe sein, den Weg durch das „Gestrüppe eingealterter Controversen bahnen zu helfen“.

I. Das pactum de mutuo dando in seiner Beziehung zu verwandten Rechtsgeschäften.

§ 1.

A. Pactum de mutuo dando und mutuum.

Die meisten Lehrbücher der Pandekten sehen den Begriff des pactum de mutuo dando als gegeben an, sie begnügen sich, aus dem Begriffe einige Folgerungen herzuleiten, Erfordernisse und Eigentümlichkeiten des pactum de mutuo dando aufzustellen. Auch Suffrian macht sich die Sache leicht. Er beginnt seine Abhandlung:

> „Da der Darlehensvertrag ein Realvertrag ist, so muss, wie bei den Realverträgen überhaupt, ein den Realvertrag vorbereitender Consensualvertrag von diesem rechtlich geschieden werden."

Den Beweis für diese Behauptung bleibt uns Suffrian allerdings schuldig. Mit diesem einleitenden Satze setzt sich Suffrian gerade über eine der wichtigsten Fragen hinweg. Das, was er so glattweg in diesem Satze behauptet, das wollen und müssen wir zuvörderst untersuchen. Denn es fehlt nicht an Gegnern des pactum de mutuo dando, an solchen, die seine selbständige Existenz verneinen, und die es als eine müssige oder gar falsche Spekulation der Theorie ansehen.

So äussert sich Keller:[1])

. . . „So sind nun namentlich auch die benannten Realcontrakte aus wesentlich oder vorherrschend einseitigen Verträgen ordentlich zweiseitige geworden oder haben doch die unbeschränkte Fähigkeit bekommen, es zu sein. Denn wer erst leisten muss, um den anderen zu verpflichten und um überhaupt selber in irgend eine obligatorische Beziehung zu kommen, der kann jetzt schon zu seiner Leistung durch blosses Versprechen sich verpflichten und es ist etwas vollkommen müssiges z. B. bei dem Darlehen das pactum de mutuo dando von dem mutuum selbst zu unterscheiden und hier oder bei dem Commodat und dergleichen zwei getrennte einseitige Verträge anstatt eines zweiseitigen anzunehmen."

Nicht nur als „müssig", sondern als direkt unrichtig, unmöglich will Storch die Trennung von pactum de mutuo dando und mutuum erweisen.

„Indem die römische Rechtsanschauung die obligatio mutui „re" entstehen liess und unter „res" das Geben getragen und durchdrungen von der conventio über die rechtlichen Folgen desselben verstand, hat sie auf die rechtliche Möglichkeit eines irgendwie selbständig zu denkenden pactum de mutuo dando ein für allemal nach jeder Richtung hin verzichtet.[2])

„Entweder schliesst die reale Natur des Darlehens die Möglichkeit einer obligatio auf Hergabe resp. auf Annahme eines Darlehens aus oder es schliesst die obligatio, ein besprochenes Darlehen zu geben resp. anzunehmen, die Möglichkeit der realen Natur des Darlehens aus.[3])

1) Pandekten S. 438.
2) a. a. O. S. 28.
3) a. a. O. S. 53.

„Die zur Begründung einer realen Darlehensobligation erforderliche conventio ist identisch mit demjenigen consensus, welchen das gemeine Recht mit dem von ihm erfundenen Ausdruck: „pactum de mutuo dando" zu bezeichnen beliebt hat.[1])

„Indem das gemeine Recht das sog. pactum de mutuo dando zur selbständigen Klagbarkeit erhob, nahm es diese Trennung (d. h. zwischen conventio und res) vor, ohne jedoch zu erkennen, dass es damit dem Realvertrage mutuum gewissermassen die Seele aus dem Leibe riss und den Leib, das entgeistigte Geben zwang, ein wesenloses Gespensterdasein im Reich der Gesetzgebung und Wissenschaft weiter zu führen."[2])

Keller und Storch sehen in dem pactum de mutuo dando einen Teil des mutuum und verneinen deshalb seine selbständige Existenz. Storch behauptet, dass sich ein selbständig zu denkendes pactum de mutuo dando mit der Realcontraktsnatur des mutuum nicht vertrage, Keller ist der Ansicht, dass heutzutage pactum de mutuo dando und mutuum ein einziger zweiseitiger Vertrag seien.

Geben wir noch einem anderen Gegner des pactum de mutuo dando, Danckwardt,[3]) das Wort:

„Es ist unserer Ansicht nach ein Irrtum, wenn man meint, dass auch jetzt noch in diesen vier Fällen (den benannten Realcontrakten) zwischen dem pactum de contrahendo und dem Contrakte selbst unterschieden werden müsse und der letztere erst ‚re' d. h. durch die Hingabe der Sache perfekt werde. Die deutsche Volksüberzeugung weiss von einer solchen

1) a. d. O. S. 28.

2) a. a. O. S. 36.

3) Nationalökonomie und Jurisprudenz 3. Heft S. 63 und dazu Demelius a. a. O. S. 405.

Unterscheidung nichts, sie fasst vielmehr beide zusammen als ein Geschäft auf und gründet die Verpflichtung des Empfängers zur Restitution nicht auf die Hingabe der Sache, sondern auf den consensus, die Vereinbarung."

Damit kommen wir auf den Angelpunkt, um den sich die Streitfragen über das pactum de mutuo dando drehen. So verschieden die Ansichten über das pactum de mutuo dando bei den ebenerwähnten Gegnern sind, so leiten sie sich im Grunde genommen doch alle wieder aus der „merkwürdigen" Streitfrage — wie sie Brinz nennt — her, ob es im heutigen Rechte noch Realcontrakte gibt. In engster Beziehung zu dieser Frage steht eine andere, nämlich die nach dem Wesen der Realcontrakte. Wir müssen zuerst die zweite beantworten und in kurzen Zügen auf das römische Recht zurückgreifen.

Das römische Recht geht von der Grundauffassung aus, dass Obligationen nicht durch nudum pactum begründet werden können. Das nudum pactum ist unverbindlich, es ist nicht klagbar. Die obligatorischen Verträge müssen, um klagbar zu sein, in einer „causa civilis" abgeschlossen sein. Solcher causae civiles kannte das römische Recht vier:

§ 2 i. f. J. de obl. III. 13:

„Harum (sc. obligationum, quae ex contractu sunt.) aeque quattuor sunt species: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu."

Die „causa civilis" des Realcontraktes ist die „res" oder die „datio rei", worunter die Hingabe einer Sache, sei es zu Eigentum — wie bei dem mutuum — oder zu Besitz, wie bei den übrigen „benannten" Realcontrakten, dem Commodat, Pignus und Depositum zu verstehen ist.[1])

1) Es würde zu weit führen und dem Rahmen unserer Aufgabe entfallen, wollten wir noch die sog. Innominatrealcontrakte in unsere Erörterung ziehen. Die Innominatrealcontrakte sind von den benannten Realcontrakten wesentlich verschieden.

Diese „res“ ist nun nichts anderes als der dingliche Vertrag der Tradition. Inhalt des dinglichen Vertrages ist bei dem mutuum Übertragung des Eigentumes an den Fungibilien durch übereinstimmenden animus transferendi und accipiendi. Damit aber ein Darlehensgeschäft zu stande kommt, muss zu dieser Tradition noch ein weiteres Moment treten und zwar das eigentlich obligationbegründende. Die Parteien müssen der Hingabe der Sache eine Bedeutung, eine Zweckbestimmung beilegen. Und diese Zweckbestimmung ist die Verpflichtung des Empfängers, das Empfangene zurückzugeben.

l. 2 pr. D. de reb. cred. (XII. 1) Paulus libro XVIII ad. Ed.:

> Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum.

Wir haben also eine weitere conventio, einen obligatorischen Vertrag, der auf Rückleistung des Empfangenen gerichtet ist. Demnach haben wir bei dem Realcontrakte im Grunde genommen zwei Verträge, einen dinglichen und einen obligatorischen.[1])

Das Verhältnis von res und consensus können wir mit Adler[2]) als Qualitätserforderniss oder als condicio juris bezeichnen. Der blosse Consens ohne Realleistung ist zwar auch ein Vertrag, allein er ist noch nicht ein Realvertrag. Vor der Realleistung entsteht ein „Schwebezustand“. Die Realleistung ist weder Bedingung noch Voraussetzung. Den Gegensatz fasst Adler[3]) in folgenden Satz:

---

1) Ryk, Schuldverhältnisse S. 458: „Das die Rückerstattungspflicht begründende Moment ist hierbei nicht etwa die Hingabe, sondern wesentlich der an diese sich anlehnende Vertragswille, da nur diesem allein rechtliche Causalität zukommt und die res nur ein faktisches Geschäftsmoment bildet. Es verhält sich hiermit ähnlich wie mit der Tradition und Zahlung.“

2) a. a. O. S. 202.

3) a. a. O. S. 205.

„Die Bedingung stellt die Entwickelung des Geschäftes selbst in Frage, die Voraussetzung schreibt nur den Gang der Entwickelung, zu welcher die Erfüllung der Voraussetzung gehört, vor, die Realleistung als Qualitätserfordernis, dessen Erfüllung vereinbart und mit dem Geschäfte zugleich gewollt ist, thut beides, sie schreibt den Gang der Entwickelung vor und lässt von ihrem Eintritt die Entwickelung abhängen."

Vielfach begegnen wir auch hier falschen Schlüssen. Die „res", als Qualitätserfordernis betrachtet, wird auf eine Naturnotwendigkeit zurückgeführt. Weil Rückgabe eine Hingabe zur unerlässlichen Voraussetzung hat, so soll auch vor der Leistung eine Verpflichtung zur Rückgabe nicht entstehen können.

Gegen diese Deduktion wendet sich schon Brinz:[1])

„Ist nun aber jene begriffliche Notwendigkeit: die Verpflichtung zur Rückgabe setzt auch Hingabe voraus, nun auch vorhanden? Mitnichten. Die Rückgabe setzt Hingabe voraus. Die Verpflichtung zur Rückgabe setzt keine Hingabe voraus. Wer das Gegenteil behauptet, verlangt, dass man sich zu nichts verpflichten könne, was nicht sofort geleistet zu werden vermag. Das wäre aber nicht nur begrifflich, sondern auch nach Recht und Erfahrung falsch."

Nicht stichhaltig ist auch der Einwand Eisele's[2]) hiergegen, dass, wenn die Rückgabe ohne die Hingabe unmöglich sei, auch die Verpflichtung zur Rückgabe als Verpflichtung zu etwas Unmöglichem nichtig sei.

---

1) Kr. Bl. S. 25.

2) a. a. O. S. 16. Eisele scheint hier nicht streng zwischen subjektiver und objektiver, ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung zu unterscheiden. Vgl. l. 28 D. de contr. aut. (XVIII. 1), rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est. Im Sinne Eisele's wäre denn auch der Vertrag über Leistung einer fremden oder zukünftigen Sache unmöglich.

Denn Brinz behauptet ja gar nicht, dass man sich zu einer Rückgabe verpflichten kann, die vor der Hingabe stattzufinden habe. Dies wäre allerdings ein Unding.

Es bedarf also nicht der Realleistung, damit überhaupt ein Vertrag zu stande kommt. Es ist dies ein contractus sui generis. Jedoch ist die durch einen solchen Vertrag begründete Verpflichtung doch von sehr geringem praktischen Werte. Erst durch die Realleistung gewinnt die Restitutionsverbindlichkeit festen Boden und praktischen Wert. Daher der Ausspruch der Quellen in § 1 J. de cons. obl. III. 22:

> . . . dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio.

Und die Ausdrücke „re contrahitur", „re obligatur" sagen nichts weiter, als dass durch die Realleistung erst eine wirkliche klagbare Verpflichtung zu stande kommt.

Wir müssen nach dem Gesagten auch für das römische Recht den Grundsatz aufstellen, dass die „res" oder „datio rei", der dingliche Vertrag der Hingabe an und für sich nicht ausreicht, ein Forderungsrecht auf Rückgabe zu begründen, dass erst ein neuer Vertragswille dieses Moment schafft. Die Tradition ist im römischen Rechte ein abstraktes Rechtsgeschäft, obwohl ihr stets ein concreter Zweck — die causa traditionis — innewohnt. Doch ist diese causa traditionis, bei den Realcontrakten causa contrahendi, wohl zu unterscheiden von der conventio des Realcontraktes. Nehmen wir einmal vergleichsweise die Tradition bei der donatio sub modo, die causa traditionis ist hier das „donare". Durch den modus aber wird in die traditio noch ein weiteres Element hineingetragen. Dem modus zu vergleichen ist die conventio bei den Realcontrakten, beide begründen eine Verpflichtung.

Daher wird denn auch vielfach die conventio als lex dationis bezeichnet. Brinz geht so weit, dass er diese lex dationis gar als modus auffasst.

Zwischen „res“ und „conventio“ besteht nach Storch ein Verhältnis wie zwischen Leib und Seele, Substanz und Geist.

In den Regelfällen tritt der obligatorische Vertrag, die conventio, nicht besonders hervor, „res und obligatorischer consensus stecken nicht nebeneinander, sondern ineinander“ bemerkt Eisele[1]) und die Quellen sagen: damus alterius obligandi causa und l. 19 D. de reb. cred. (XII. 1) Julianus libro X Dig.:

> Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligaretur.

Auch das mag ein Grund dafür sein, dass das römische Recht die „res“ als die Grundlage[2]) des ganzen Rechtsgeschäftes betrachtet. Nur so darf der Ausdruck „die Verpflichtung entsteht ‚ex re“ verstanden werden.

Dagegen ist es verkehrt, das als charakteristisches Merkmal des Realcontraktes hinzustellen, dass dieser mit der datio rei beginnen und sich die conventio an die res als ihre materielle Grund- und Unterlage anlehnen müsse. Der Realcontrakt muss nicht mit der datio rei beginnen. l. 6 § 1 D. de nov. et del. (XLVI. 2) Ulpianus l. XLVI ad Sab.:

> Quam pecuniam mutuum dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.

Es bedarf wohl keiner Erörterung, dass dem nicht der Ausdruck in l. 1 § 2 D. de rer. perm. (XIX. 4), res tradita initium obligationi praebet, widerspricht.

---

1) a. a. O. S. 17. Vgl. noch l. 17 § 3 D. commod. (XIII. 6): . . „suscepta obligatio inter dandum accipiendumque.“

2) „subest causa“ l. 7 § 2 D. de pact. (II. 14).

Wir kommen nun zu der schon kurz beantworteten Frage nach dem Inhalte der conventio. Nach klaren Quellenzeugnissen ist er bei allen Realcontrakten wesentlich derselbe, er ist die Restitutionsverbindlichkeit des Empfängers, zu der bei dem Depositum noch die Verpflichtung tritt, die Sache aufzubewahren.[1])

Es ist daher sehr eigentümlich, dass Storch seine Angriffe auf das pactum de mutuo dando gerade von dieser Seite her unternimmt. Die zur Begründung einer realen Darlehensobligation soll identisch mit demjenigen consensus sein, den das gemeine Recht mit dem von ihm erfundenen Ausdrucke: „pactum de mutuo dando" zu bezeichnen beliebt hat. Storch gehört nicht zu den Gegnern des römischrechtlichen Realcontraktes. Und dennoch leugnet er für das römische Recht das Vorkommen eines irgendwie selbständig zu denkenden pactum de mutuo dando. Es ist in der That schwer einzusehen, wie Storch zu seiner so hartnäckig und zähe vorgetragenen Meinung kommt. Es scheint — wie auch noch aus späterem hervorgehen wird — dass Storch eine unklare Vorstellung von dem „consensus hat, den das gemeine Recht mit dem Ausdrucke: ‚pactum de mutuo dando' bezeichnet", dass er in das pactum de mutuo dando etwas hineinträgt, was zu diesem ganz und gar nicht gehört. Hätte Storch eine richtige Ansicht über den Inhalt des pactum de mutuo dando, er käme nimmer dazu, dieses mit der conventio des Darlehensvertrages zu identificieren. Allein die Bezeichnung pactum de mutuo dando müsste ihn von der irrigen Auffassung überzeugen. Inhalt des pactum de mutuo dando ist Verpflichtung des einen Contrahenten, dem anderen ein Darlehen zu geben. Inhalt der conventio bei dem Darlehensvertrage ist Verpflichtung des einen

1) l. 2 D. de reb. cred. (XII. 1). l. 32 h. t. l. 1 §§ 22, 45, 46 D. dep. vel. contra (XVI. 3). l. 11 C. de pign. act. (IV. 24.)

Contrahenten, die dargeliehene Summe zurückzugeben. Die conventio innerhalb des römischen mutuum schliesst nicht die Zusage auf Geben seitens des Gläubigers in sich; umgekehrt das pactum de mutuo dando.

Und mit der Verschiedenheit des Inhaltes bei dem pactum de mutuo dando und der conventio geht eine Verschiedenheit in der rechtlichen Stellung der beteiligten Personen Hand in Hand. Wer aus dem pactum de mutuo dando Gläubiger ist, der ist Schuldner aus dem mutuum und umgekehrt. Storch verwandelt unter der Hand die in dem mutuum enthaltene conventio des Gebens und Nehmens auf Rückerstattung in die Zusage auf Geben und auf Nehmen.[1])

Wir müssen demgegenüber behaupten, dass das pactum de mutuo dando durchaus nicht zum Inhalte des mutuum gehört, dass pactum de mutuo dando und conventio inhaltlich grundverschieden sind. Oder sollte etwa in dem pactum de mutuo dando die conventio des Realcontraktes schon enthalten sein, sollte diese als anticipierte Vertragsclausel darin aufgehen?! Entstehen, wie Köppen[2]) meint, aus dem pactum de mutuo dando zwei Forderungen, eine perfekte auf die Hingabe und eine imperfekte auf die Annahme und Rückgabe des Darlehns? Mit anderen Worten: wenn ich mich verpflichte, dir ein Darlehen zu geben, so erwerbe ich damit zugleich ein Forderungsrecht gegen dich, nämlich auf Rückgabe des Darlehens, allein dieses Forderungsrecht ist vorerst noch ein „imperfektes", ein bedingtes, die Hingabe ist dann conditio existens für die Restitutionsverbindlichkeit. Gerade so gut lässt sich behaupten, aus dem Kaufvertrage entstehen für den Käufer zwei Forderungsrechte, ein perfektes auf

---

1) Wir kommen später zu der von Storch und anderen behaupteten Zweiseitigkeit des pactum de mutuo dando.

2) „Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden". In Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. 11. Bd. S. 352.

Tradition der Kaufsache und ein imperfektes auf Leistung des Interesses, letzteres für den Fall der Eviktion. Allein es ist gekünstelt, solche „imperfekte" Forderungsrechte in den Inhalt eines obligatorischen Vertrages hineinzuziehen. Und selbst wenn wir dieses imperfekte Forderungsrecht als Vertragsinhalt des pactum de mutuo dando auffassen, so wird dadurch doch noch nicht dem mutuum die „Seele aus dem Leibe gerissen".

Treffend führt Degenkolb[1]) dagegen aus, dass selbst dann dem mutuum die conventio nicht entzogen würde, wenn die innerhalb des Realvertrages auftretende conventio lediglich als Wiederholung, als Reproduktion der im pactum de mutuo dando steckenden conventio aufzufassen wäre.

Storch versucht es, seine Ansicht durch exegetische Ausführungen zu erhärten. Vor allem ist es lex 20. D. de reb. cred. (XII. 1), die er für Verwerfung des pactum de mutuo dando geltend macht. Auch hier können wir das oben Gesagte wiederholen. Storch's Interpretation der l. 20 ist gekünstelt und gewaltsam, sie ist von seiner Voreingenommenheit gegen das pactum de mutuo dando diktiert. Storch findet in der Stelle, was nicht darin steht und übersieht dabei das Nächstliegende, Einfache und Natürliche. Weil nun gerade l. 20 „wenn auch nicht eine systematisch erschöpfende Begründung, so doch aber einen wichtigen und eclatanten Belag für die Ansicht beibringt, dass ein mutuum nicht auf dem Wege vorausgegangener klagbarer Verpflichtung zum Geben und Nehmen entstehen könne", so wollen auch wir uns mit dieser Stelle beschäftigen, die das Hauptargument in der gegnerischen Beweisführung bildet. Julianus l. XVIII. Dig.:

„Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi in

1) a. a. O. S. 56.

huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti, nam talem contractum neque donationem esse neque pecuniam creditam: donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret, creditam non esse, quia exsolvendi magis causa daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam; magis enim meum accepisse intellegi debeo; sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: benignius tamen est, utrumque valere".

Storch[1]) fasst seine Ansicht dahin:

„Daher denn Julian's Bedenken, ob nicht schon bei einseitiger Verpflichtung ‚zum Geben' das nicht mehr freiwillige Hingeben zu viel an seiner natürlichen Bestimmung zu obligieren, eingebüsst habe, als dass es noch für vollwertig in dieser Beziehung anerkannt werden könnte, (quia magis exsolvendi quam obligandi causa daretur) und daher endlich seine überaus scharfsinnige Entscheidung: utrumque valere benignius est, weil es in der That eine nicht zu billigende ‚Wortspitzfindigkeit' wäre, der bloss einseitigen Verpflichtung, ein Darlehen zu geben, eine so weittragende Bedeutung beizumessen, während sie ohne die correspondierende obligatio ein Darlehen anzunehmen nach später zu entwickelnden allgemeinen Grundsätzen als existenzberechtigter Vertrag überhaupt nicht gedacht werden kann".

Es ist schwer, sich in den Gedankengang Storch's hineinzufinden. Der ganze Erklärungversuch läuft auf die „Zweiseitigkeit" des pactum de mutuo dando hinaus.

1) a. a. O. S. 29.

Nur so lässt sich der immerhin gekünstelte Schluss des Satzes verstehen, der von einseitiger Verpflichtung, ein Darlehen zu geben ohne die correspondierende obligatio ein Darlehen anzunehmen, redet. Davon aber steht schlechterdings nicht ein einziges Wort in der Stelle. Erste Aufgabe des Interpreten ist es doch, eine Stelle nicht in erkünstelter Weise schwierig zu machen, ihre Klarheit und Verständlichkeit nicht durch eigene unklare Vorstellungen zu trüben.

Wir versuchen l. 20 in anderer Weise zu erklären.

Wir nehmen zunächst den Thatbestand der beiden Rechtsfälle, an die Julian seine Erörterung knüpft.

Der erste Fall: A schenkt dem B eine Summe Geldes mit der Verabredung, dass B ihm diese Summe als Darlehen zurückgebe. Frage des Juristen, was für ein Rechtsgeschäft oder für Rechtsgeschäfte liegen vor.

Zunächst sagt Julian, dass für ein derartiges Rechtsgeschäft eine specielle technische Bezeichnung fehlt (in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti). Alsdann verneint er vom Standpunkte der subtilitas verborum aus, dass eine Schenkung und ein Darlehen vorliege. Eine Schenkung liegt nicht vor, weil das Gegebene nicht bei dem Empfänger bleiben soll: (donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret.) [Anm. Suffrian übersetzt S. 11 a. a. O. dieses „omnimodo" mit „auf immer". In der oben citierten Stelle l. 1 D. (XXXIX. 5) umschreibt Julian: ut omnimodo penes accipientem maneret: durch die negative Wendung: nec ullo casu ad se reverti velit.] Das ist Julian's Auffassung von der Schenkung, die auch in l. 1 D. de don. (XXXIX. 5) wiederkehrt.

. . . Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti.

. . . item, quum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur.

Des weiteren ist auch kein Darlehensgeschäft vorhanden, weil exsolvendi causa magis daretur quam alterius obligandi. Dann aber kommt der Schlusssatz: haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, sed benignius est, utrumque valere: es soll sowohl Schenkung wie Darlehen vorliegen. Einen Grund für seine Entscheidung gibt der Jurist nicht, doch ist er nicht schwer zu finden. Es liegt eine Schenkung vor; ursprünglich ist es Schenkung einer körperlichen Sache, durch ihre Rückgabe tritt lediglich in dem Objekte der Schenkung ein Wechsel ein, der für das Wesen des Rechtsgeschäftes nicht von alterierender Bedeutung ist. An Stelle der rerum donatio tritt die donatio obligationis. [1])

Auf der anderen Seite haben wir aber auch ein echtes Darlehensgeschäft. Neben der causa credendi taucht noch eine causa solvendi der Hingabe auf. Die Hingabe in unserem speciellen Falle geschieht in erster Linie um der mit der Annahme und durch die Annahme übernommenen Verpflichtung zur Rückgabe zu genügen. Es ist also das Geben ein nicht mehr freiwilliges. Dagegen verliert es durchaus nichts an „seiner natürlichen Bestimmung zu obligieren", wie Storch meint. Nach Adler[2]) soll die causa solvendi die Eigenschaft haben, jede andere causa zu absorbieren, er beruft sich auf unsere l. 20. Doch sagt diese ausdrücklich: quia magis exsolvendi quam alterius obligandi causa daretur und nicht etwa quia exsolvendi, non alterius obligandi causa daretur. Auch ist es eine oft wiederkehrende Erscheinung, dass ein und dasselbe Rechtsgeschäft mehrere rechtliche Wirkungen haben kann. [3])

1) Vgl. l. 2 § 1, l. 21 § 1 D. h. t. 39. 5, l. 2, l. 3 C. h. t. 8, 53.

2) a. a. O. S. 226 und Anm. 47 das.

3) Ein Beispiel statt vieler mag genügen. Wer beauftragt ist, eine Sache zu verkaufen, erfüllt durch den Abschluss des Kaufes seine Verpflichtung aus dem Auftrage und begründet zugleich die neue Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen.

Der zweite Fall der l. 20 kommt dem ersten sehr nahe. A gibt dem B eine Summe mit der Verabredung, dass B ihm diese Summe als Darlehen zurückgebe. Julian wirft hier nur die Frage, an creditum sit, auf und verneint sie gleichfalls vom Standpunkte der subtilitas verborum aus, begründet dies aber anders als im ersten Falle: magis enim meum accepisse intelligi debeo. Es wird aus dem Vermögen des Rückempfängers, nicht des Gebenden geleistet. B hat nur formell, nicht materiell das Eigentum an der Summe erworben.

> „Die ganze Schlussreihe steht und fällt mit der Auffassung des Grundgeschäftes als eines „fiduciarischen Geschäfts auf Rückerstattung". Sie entspricht der „subtilitas verborum", aber nicht dem weiterschauenden Überblick über das Gesamtgeschäft in seinem Gesamtzusammenhang. . . .
>
> „Die äusserliche Pflicht auf Rückgabe der species in das Eigentum ist nicht gleichwertig der materiellen Pflicht auf Rückerstattung des Empfangenen in das Vermögen. Die vorliegende Abrede zielt darauf ab, den Wertbetrag der nummi dauernd im Vermögen des Empfängers zu belassen."[1])

Die subtilitas verborum ist für die späteren Juristen ein überwundener Standpunkt:

l. 33 § 1 D. de don. (XXXIX. 5) Hermogenianus (libro VI, jur. Epit.):

> ea lege donationis causa pecunia Titio numerata, ut statim donatori mutuo detur, non impeditur dominii translatio ac propterea isdem nummis donatori creditis novum dominium in his quaeritur.

1) So treffend Degenkolb a. a. O. S. 61. Er unterscheidet allerdings die beiden Fälle der l. 20 nicht.

Es ist dies derselbe Rechtsfall wie in l. 20, aber Bedenken kennt Hermogenian nicht mehr.

Die bei der Schenkung getroffene Abrede: ut tu mihi eandem crederes ist ihrem juristischen Wesen nach eine Auflage, ein modus,[1]) das Grundgeschäft charakterisiert sich demnach als donatio sub modo. Inhalt dieses modus ist nichts anderes als die Verpflichtung, ein Darlehen zu geben, die mit der Annahme des Geldes von dem Empfänger übernommen wird. Wir haben also in l. 20 das von Storch verleugnete pactum de mutuo dando von Julian anerkannt.

l. 20 ist nicht die einzige Quellenstelle, die von einem pactum de mutuo dando handelt. Hier ist vor allem l. 68 D. de verb. obl. (XLV. 1) zu erwähnen, eine Stelle, auf die auch noch später in anderer Beziehung zurückgekommen werden muss.

Paulus (libro II. ad Edictum):

> Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

Hier spricht der Jurist in klaren Worten von dem Vertrage, ein Darlehen zu geben, der in der Form der Stipulation abgeschlossen ist.[2])

---

1) a. M. Glück, Pand. Comm. Bd. XV S. 43. Vgl. hierzu Suffrian a. a. O. S. 11, der des weiteren ausführt, dass hier keine Bedingung, sondern ein modus vorliegt.

2) Die entsprechende Stelle ist l. 30 D. (XII. 1), die von dem Vertrage, ein Darlehen anzunehmen, redet: qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se (ei) obstringat. Die Quellen kennen auch eine quasicontraktliche Verpflichtung, ein Darlehen zu geben. So l. 11 § 15 D. de leg. et fid. III: Si heres rogatus sit, certam summam usuris certis foenori dare, utile est fideicommissum; sed Maccianus putat, non alias

Das Ergebnis der exegetischen Ausführung ist, dass schon dem römischen Rechte das Rechtsgeschäft, „welches das gemeine Recht mit dem Ausdrucke pactum de mutuo dando zu bezeichnen beliebt hat," wohl bekannt ist und dass pactum de mutuo dando und mutuum inhaltlich verschiedene Rechtsgeschäfte sind.

Die Frage, die uns noch in Kürze zu beschäftigen hat, ist die „merkwürdige Streitfrage", ob es im heutigen Rechte noch Realcontrakte gibt. [Anm. Eine treffliche Zusammenstellung der Autoren, die für und wider die Auffassung der Realcontraktsnatur des Darlehens sind, gibt Cohn in Endemann's Handbuch III. Band S. 843 Note 80.] Sie ist schon sehr oft aufgeworfen worden, allein abschliessend ist sie noch nicht beantwortet. Wir wollen sie nur deshalb berühren und auch nur insoweit, als auch das pactum de mutuo dando in den Streit der Meinungen gezogen wird. Nicht alle, die den Realcontrakt für das heutige Recht leugnen, verwerfen damit auch das pactum de mutuo dando.[1]) Die Verwandlung der Realcontrakte in Consensualcontrakte soll die notwendige und definitive Folge einer Änderung des objektiven Rechtes sein.

---

cogendum credere, quam idonee ei caveatur, sed ego proclivior sum, ut putem cautionem non exigendam. (Ulpianus.)

l. 108 § 5 de leg. et fid. I: Sed si, quum mihi ex testamento Titii Stichum deberes eundem a te herede Sempronius mihi legaverit, fideique meae commiserit, ut eum alicui restituam, legatum utile erit, quia non sum habiturus. Idem juris erit, et si pecuniam a me legaverit; multo magis si in priore testamento fideicommissum sit. Item si in priore testamento Falcidiae locus sit, quod inde abscidit rationi Falcidiae, ex sequenti testamento consequar.

1) Es ist nicht recht einzusehen, warum Degenkolb S. 54 a. a. O. behauptet, dass vom Standpunkte derjenigen aus betrachtet, welche alle Realverträge für das heutige Recht verwerfen, sich die logische Existenzfrage für den Vorvertrag auf Realverträge im heutigen Rechte ganz von selbst erledige, dass er mit den Realverträgen dahin fallen müsse, während der Verfasser doch andererseits Vorverträge zu Consensualverträgen annimmt.

Demelius verwirft die römischen Realcontrakte vollständig, lässt daneben aber andere Verträge als Realcontrakte gelten.

„Es wird sich behaupten lassen, dass heutzutage die Hingabe immer und ausschliesslich Erfüllung ist, zwar nicht Erfüllung einer vorausgehenden Schuld in dem Sinne, dass zwischen Begründung und Lösung ein zeitlicher Zwischenraum existierte, aber doch Erfüllung einer Verbindlichkeit, die nach dem Vertragswillen in demselben Augenblick übernommen und gelöst wird. Die Hingabe begründet nicht die Schuld, sondern man sieht aus dem Geben und Annehmen, wie die Parteien einig darüber sind, dass jeder etwas leisten soll, der eine hingeben, der andere wieder hergeben, oder etwas anderes dafür geben. Das eine geschieht sogleich, das andere soll später geschehen. Die Hingabe ist schon Ausführung des Vertragswillens, der aber vielleicht gerade erst aus dieser Äusserung zu erkennen ist.“[1])

Unger nimmt auch für das heutige Recht noch Realcontrakte an. Zu praktischen Consequenzen führen seine an sich scharfsinnigen Unterscheidungen auch nicht.

„Es gibt auch im heutigen Rechte Verträge, welche erst durch die Hingabe (res, datio) zu stande kommen: Realverträge und zwar benannte und unbenannte. Dieser modus contrahendi findet überall statt, wo das ganze Geschäft, das Geben und Nehmen in obligatorischer Absicht, lediglich den Vorteil des Empfängers bezweckt. In allen übrigen Fällen, somit wenn das Geschäft nur oder doch auch den Vorteil des Gebers bezweckt, wird der Vertrag nudo consensu geschlossen.[2])

---

1) Demelius a. a. O. S. 403.

2) Unger a. a. O. S. 14. Eklektisch ist die Ansicht Windscheids a. a. O. § 371 Note 6: Er beantwortet die Frage, ob nicht das verzinsliche Darlehen Consensualcontrakt sei, dahin: „Gewiss dann nicht, wenn dem wirklichen Geben des Darlehens keine Verpflichtung dazu vorhergeht. Aber auch dann nicht, wenn

Das unverzinsliche Darlehen ist nach dem Gesagten Realcontrakt, das verzinsliche dagegen Consensualvertrag. Dieses wird als ein der Miete ganz analoger Vertrag angesehen, auch geradezu als Capitalmiete bezeichnet. Die Zinsen — und die Zinsobligation soll heute auch zum wesentlichen Inhalte des Darlehensvertrages gehören — erscheinen als Preis für den gestatteten Gebrauch (usurae) des Capitals. In den Vordergrund tritt der Abschluss der Anleihe, ihr gegenüber wird die Hingabe zu untergeordneter Bedeutung herabgedrückt, sie ist nur noch conditio existens für die Rückzahlung der Darlehenssumme. Den Contrahenten ist heute Anlage und Aufnahme des Capitals und seine Verzinsung die Hauptsache. Vom ökonomischen Standpunkte ist gegen diese Auffassung durchaus nichts einzuwenden, bedenklich dürfte sie vom juristischen Standpunkte aus sein. Juristisch bleibt die Hingabe und die Verpflichtung zur Rückgabe das wesentliche des Darlehensvertrages. Erst mit der Hingabe ist das Klagefundament für alle Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrage geschaffen, mit der Rückgabe erlischt erst die Obligation. Sieht man in dem dare ausschliesslich ein solvere, so kommt man zu solchen Construktionen, wie sie Demelius uns vorführt. Zwischen Begründung und Lösung der Verpflichtung soll ein zeitlicher Zwischenraum nicht exi-

---

eine solche Verpflichtung vorhergeht, ohne eine entsprechende Verpflichtung das Darlehen zu nehmen. Aber selbst dann nicht notwendig, wenn auch diese letzte Verpflichtung vorhanden ist; es ist sehr wohl möglich, dass die Parteien in diesem Falle nichts gewollt haben, als ein pactum de mutuo dando und mutuo accipiendo, sondern von einem dem Mietvertrage entsprechenden Consensualvertrage darf nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, dass jetzt sofort ein Darlehensgeschäft abgeschlossen sein soll, durch welches der eine Contrahent verpflichtet wird, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauche hinzugeben, der andere dafür eine Zinsvergütung zu zahlen."

Kohler, Arch. S. 221, behauptet, dass das Darlehen als Realvertrag vorkommen kann, sofern kein Darlehensversprechen vorhergeht, ist dieses der Fall, so ist die Construktion eines Consensualvertrages angezeigt.

stiren, sie soll in demselben Momente entstehen und vergehen. Was sich Demelius unter einer solchen Verpflichtung vorstellt, ist schwer zu erraten.

Es würde zu weit führen, wenn wir uns eingehend damit beschäftigen wollten, und es käme doch nicht viel dabei heraus, da die ganze Streitfrage für die Praxis, wie die meisten zugestehen müssen, fast keine Bedeutung hat, „da sie in foro schwerlich Not macht."

Dass gleichwohl die zwischen Real- und Consensualcontrakt geteilten Auffassungen zu praktischen Differenzen führen können, weist Förster (Preuss. Pr. R. 6. Aufl. bes. von Eccius Bd. II S. 238) nach: „Es ist erforderlich, einige Consequenzen der einen und anderen Auffassung klar zu legen. Ist das pactum de mutuo dando ein selbständiges pactum de contrahendo, das durch den demnächstigen Abschluss des davon verschiedenen Darlehens-Vertrages zu erfüllen ist, so handelt es sich dabei um die Begründung einer Verbindlichkeit zu einem besonders gearteten Thun, das in der erneuten Willenseinigung mit dem bestimmten anderen Contrahenten unter gleichzeitiger Hingabe des Darlehensgegenstandes bestehen soll. Fallen dagegen die beiden Vertragsschlüsse in einen einheitlichen Vertrag zusammen, so besteht die Vorleistung lediglich in einem Geben von Geld oder vertretbaren Sachen zum Eigentum. Jenes Recht würde nicht abtretbar, dieses frei cessibel und pfändbar sein, jene Verbindlichkeit könnte nur durch das entsprechende Thun erfüllt werden, bei diesem wäre statt der Solution die Compensation denkbar, ebenso die Hingabe an Zahlungsstatt, es würde sich fragen, ob nicht auch auf die Vorleistung verzichtet werden könnte, ohne dass darum die Leistungspflicht des anderen Teiles aufhörte, die dann freilich keine Rückleistungspflicht, sondern eine einfache Leistungspflicht sein würde.

Von Demelius und Unger wird das pactum de mutuo dando nicht angegriffen. Sie erwähnen es kaum. Dagegen haben wir die Meinung Keller's zu bekämpfen, der es als vollkommen müssig ansieht, bei dem Darlehensgeschäft das pactum de mutuo dando von dem mutuum selbst zu unterscheiden und zwei einseitige Verträge statt eines einzigen zweiseitigen anzunehmen. Dem widerspricht aber die praktische Bedeutung eines solchen einseitigen Vertrages, ein Darlehen zu geben. Das pactum de mutuo dando ist ein Sicherungsgeschäft; der Gläubiger aus dem pactum de mutuo dando, der mit der Hingabe und durch die Hingabe des versprochenen Geldes Schuldner aus dem Darlehen wird, will vorab noch in keiner Weise gebunden sein, er hat aber in dem pactum de mutuo dando ein taugliches Mittel, sich die Befriedigung seines Geldbedürfnisses für die Zukunft zu sichern.[1])

Dass das pactum de mutuo dando für unser heutiges Rechtsleben von einschneidender Bedeutung ist, beweisen die Entscheidungen der obersten Gerichte.[2]) Auch die neueren Codificationen lassen das pactum de mutuo dando als selbständigen Vertrag gelten.

So das preussische Landrecht 1. T. 11. Tit. § 654: Hat jemand durch einen gültigen Vertrag sich verpflichtet, einem anderen ein Darlehen zu geben, so ist er schuldig, diesen Vertrag zur bestimmten Zeit durch Zahlung der versprochenen Summe in Geld oder geldwerten Papieren zu erfüllen.

Auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet zwischen Darlehen und pactum de mutuo dando: „Wenn jemandem verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, dass er zwar will-

---

1) Göppert a. a. O. S. 420. Eisele a. a. O. S. 24.

2) Vgl. die Entscheidungen in Seuffert's Archiv: VI. 137, VIII. 103, XIII. 138, X. 7, XXV. 19, XXVI. 212. N. F. III. 112, VIII. 12, XIV. 37. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XXIII. 485.

kürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll, so entsteht ein Darlehensvertrag. Er ist mit dem, obgleich ebenfalls verbindlichen Vertrage, ein Darlehen künftig zu geben, nicht zu verwechseln" (21. Hptst. § 983). Der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches steht auf demselben Standpunkte. § 547: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten." Damit steht der Entwurf wesentlich auf dem Standpunkte des römischen Rechts. Freilich sagt er nicht direkt, das Darlehen ist ein Realcontrakt, aber aus dem Wortlaute des § 547 geht zur Genüge hervor, dass der Darlehensvertrag erst durch die Hingabe zu stande kommt. Demgegenüber spricht § 550 von dem Vertrage, ein Darlehen zu geben: „Wer die Hingabe eines Darlehens versprochen hat, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen" usw.

In enger Beziehung zu der Auffassung des Darlehens als Consensualcontrakt steht eine andere Ansicht, die von Sintenis[1]) und einigen anderen vertreten wird. Da der Contrahierung jedes Darlehens eine Verhandlung darüber vorangehen müsse, dass der eine den andern darum anspricht oder es ihm anbietet und darauf eine entsprechende Zusage erfolgt, so könne man sagen, dass jedem mutuum ein pactum de mutuo dando vorangehe; werde letzteres, was regelmässig zuträfe, vertragsmässig erfüllt, so trete dasselbe weiter nicht wahrnehmbar hervor und es könne sich später nur um das mutuum handeln. Auch Thöl lehrt, dass jedem Geben des Darlehens der acceptierte Wille, also ein Vertrag voraufgehe.[2])

1) Sintenis, Das gemeine Civilrecht § 108. No. 6. S. 512.

2) Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. § 276 S. 281 und dazu Degenkolb a. a. O. S. 57: „Das rechtliche Motiv des zu Darlehens Gebens und des zu

Das pactum de mutuo dando soll demnach conditio sine qua non für das mutuum sein. Nehmen wir einen praktischen Fall, wie er tagtäglich unzähligemal vorkommt. A fragt den B: Kannst Du mir ein Darlehen von hundert Mark geben. B bejaht und gibt dem A die verlangte Summe. Soll nun in der Beantwortung der Frage seitens des B ein wirklicher Vertrag, ein pactum de mutuo dando liegen? Doch nicht. Auf der anderen Seite lehrt aber die tägliche Erfahrung, dass auf eine solche Frage der Gefragte sofort das Geld hergiebt. Wo liegt da der dem Darlehensvertrag vorangehende Vertrag? Etwa in der Hingabe, die dann Erfüllung des pactum de mutuo dando — das eben nicht weiter wahrnehmbar hervortritt — und die gleichzeitige Begründung des mutuum sei?!

Ebenso Suffrian a. a. O. S. 3: „Es wird sehr oft geschehen, dass Consensualvertrag“ (d. h. pactum de mutuo dando) „und Realvertrag thatsächlich zusammenfallen; z. B. A bittet den B um ein Gelddarlehen, und B gibt dem A sofort die gewünschte Geldsumme, ohne die Gebung vorher ausdrücklich versprochen zu haben. Wenn hier Consensualvertrag und Realvertrag auch thatsächlich zusammenfallen, so müssen dieselben doch rechtlich streng von einander gehalten werden.“

Kohler, Arch. S. 213: „Wie es eine künstliche, der Sache nicht entsprechende Construktion ist, den Realvertrag in zwei Akte, in einen Consensualvertrag und in eine sofortige Erfüllung aufzulösen“ usw.

Damit hätten wir dann wieder das „Consensualdarlehen“ im Sinne von Demelius. Sintenis ist aber kein Anhänger der neuen Lehre von der Umwandlung der Realcontrakte in Consensualcontrakte.

Darlehens Empfangens fällt aus dem mutuum selbst heraus. Eisele z. a. O. S. 6: Eine solche Fiktion, (dass jede Darlehenshingabe Erfüllung einer Verbindlichkeit sei,) wäre um nichts besser, als wenn man, um eine Eigentumstradition, die Schenkung ist, als Erfüllung ansehen zu können, ein obligatorisches Schenkungsversprechen auf dare fingieren würde.

(„Das Darlehen wird durch den Gegenstand selbst [res] erst vollzogen und gehört zu den wenigen Verträgen, die durch die Übereinkunft allein nicht perfekt werden.“) Damit gerät Sintenis in Widerspruch mit sich selbst und das beweist uns, dass seine Construktion der rechtlichen Notwendigkeit des pactum de mutuo dando für das mutuum unhaltbar ist.

Soviel über das Verhältnis von pactum de mutuo dando zum mutuum in der Beziehung, dass sie zwei von einander scharf zu trennende Verträge sind. —

§ 2.

B. Pactum de mutuo dando und Crediteröffnungsvertrag.

Wir haben schon darauf hingewiesen, dass der Vertrag, ein Darlehen zu geben, nicht allein eine theoretische Construktion ist, sondern dass ihm auch praktische Bedeutung zukommt. Im Handelsverkehr tritt das pactum de mutuo dando oft in einer verhüllten Gestalt auf, nämlich in dem Crediteröffnungsvertrage, der eine nicht zu unterschätzende Rolle in unserem heutigen Verkehrsleben spielt. Unter Crediteröffnungsvertrag haben wir einen Vertrag des Inhaltes zu verstehen, dass der eine Contrahent, der Promittent oder Creditgeber — gewöhnlich ein Banquier — verspricht, dem anderen — dem Promissar oder Creditnehmer — Credit zu geben. Die Creditgewährung als Vertragsinhalt ist eine vielumfassende Leistung. Der Creditgeber hat je nach Übereinkunft die Wechsel und Anweisungen des Creditnehmers anzunehmen und zu bezahlen, Garantieindossamente für ihn abzugeben u. a. m. Er hat aber auch die Verpflichtung, dem Creditnehmer Darlehen zu geben. Gewöhnlich ist in dem Vertrage eine Summe, das „Limito“, angegeben,

bis zu der der andere Darlehen nehmen kann. Doch braucht der Credit keineswegs ein „limitierter“ zu sein, in Streitfällen hat dann der Richter die Höhe festzusetzen. Auch kann ausgemacht sein, dass sich die Verpflichtung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit erstrecken soll. Ob die Creditgewährung von einer Gegenleistung — der Provision — abhängig gemacht wird oder nicht, ist unwesentlich.

Das Verhältnis von Crediteröffnungsvertrag und pactum de mutuo dando lässt sich nicht leicht bestimmen. Adler (S. 245 a. a. O.) nennt den offenen Credit eine Species des pactum de mutuo dando. Richtig ist das nicht ganz. — Das pactum de mutuo dando geht in dem Crediteröffnungsvertrage auf, man kann diesen am ehesten noch als einen Gesamtvertrag bezeichnen, der sich aus einer Reihe nebeneinanderstehender, verschiedener Verträge zusammensetzt. Selbstverständlich kann durch Parteiabrede die Verpflichtung, ein Darlehen zu geben, aus dem Crediteröffnungsvertrage auch ausgeschieden sein.

Widersprechend ein Erkenntnis in Seuff., Arch. Bd. 13 No. 113:

> „Das Rechtsgeschäft der Eröffnung eines Credits auf laufende Rechnung fällt unter den Begriff eines Darlehens, das dem Creditnehmer für die Dauer des Creditverhältnisses in der Art gewährt worden, dass demselben die Kasse des betr. Bankhauses bis zu dem genannten Betrage für seine Zwecke zur Verfügung gestellt und ihm gestattet ist, die fragliche Summe nach Bedürfnis aus der Kasse ganz oder teilweise zu entnehmen, oder, wenn es ihm zusagt, vorübergehend wieder hineinzulegen. . . Denn eben hierin besteht die Natur und das Wesen einer Crediteröffnung auf laufende Rechnung.“

II. Das pactum de mutuo dando, ein einseitiger Vertrag.

§ 3.

Das pactum de mutuo dando erzeugt, wie schon der Name sagt, eine Verpflichtung, ein Darlehen zu geben. Nicht auch eine Verpflichtung des anderen Contrahenten, das Darlehen anzunehmen? So wird man sich angesichts der vielfach vertretenen Ansicht von der Zweiseitigkeit des pactum de mutuo dando fragen. In der That haben wir es auch in dieser Hinsicht mit eigentümlichen Auffassungen zu thun, so dass man am Ende die Bezeichnung pactum de mutuo dando für eine „lucus a non lucendo“ Bezeichnung halten muss. Wir treffen auch hier wieder mit Storch gegnerisch zusammen, der die Zweiseitigkeit des pactum de mutuo dando mit aller Schärfe betont. So sagt er (S. 47 a. a. O.):

> „Insbesondere ist der Ausdruck pactum de mutuo dando selbst rein einseitig und es könnte daraus geschlossen werden, dass der Verpflichtung zu geben nicht notwendig die Verpflichtung anzunehmen gegenüberstehen müsse, während nach deutscher Auffassung gerade auf die Annahmeverpflichtung der Schwerpunkt zu legen, der Vertrag also zutreffender pactum de mutuo accipiendo zu nennen sein wird.“

Der ganze Erklärungsversuch der l. 20 cit. ist ebenfalls auf diese „Zweiseitigkeit“ zugespitzt, „weil es,“ so heisst es S. 29, „eine nicht zu billigende Wortspitzfindigkeit wäre, der blos einseitigen Verpflichtung, ein Darlehen zu geben, eine so weit tragende Bedeutung beizumessen, während sie ohne die correspondierende obligatio, ein Darlehen anzunehmen, als existenzberechtigter Vertrag nicht gedacht werden kann.“

Dagegen sucht Suffrian doch noch wenigstens eine Unterscheidung zu machen, die an und für sich jedenfalls mehr Anspruch auf Richtigkeit hat als die Ansicht Storch's. Bei dem unverzinslichen Darlehen soll das ihm voraufgehende pactum de mutuo dando ein streng einseitiger Vertrag sein, bei dem der Promissar und künftige Darlehensschuldner als Gläubiger und der Promittent und künftige Darlehensgläubiger als Schuldner auftritt; durch ein solches pactum de mutuo dando werde daher nur für den Promittenten als Schuldner eine rechtliche Verbindlichkeit begründet. Anders dagegen das pactum de mutuo dando, das einem verzinslichen Darlehen voraufgeht: „Dieses ist ein dem Miet- bezw. Pachtvertrage analoger Tauschvertrag im weiteren Sinne, d. h. ein, eine doppelte Obligation begründender, auf Leistung und Gegenleistung gerichteter zweiseitiger Vertrag. Der Darlehensversprecher verpflichtet sich, dem anderen Contrahenten das Eigentumsrecht einer bestimmten Geldsumme darlehensweise zu übertragen, wogegen dieser als Gegenleistung die Verpflichtung übernimmt, die Darlehenssumme zu verzinsen. Der Unterschied von dem Miet- bezw. Pachtvertrage besteht eben darin, dass bei diesen beiden Verträgen das Gebrauchs- bezw. Nutzungsrecht eingeräumt wird, während bei dem Darlehensvertrage das Eigentumsrecht übertragen wird.[1])

1) Suffrian a. a. O. S. 8 ff.

Gegen die Auffassung eines solchen zweiseitigen Vertrages als eines der Miete analogen Vertrages soll hier nichts eingewendet werden. Unrichtig ist nur die Auffassung, dass ein dem verzinslichen Darlehen voraufgehender Vertrag — nennen wir ihn vorab einmal pactum de mutuando — stets zweiseitig sein müsse, m. a. W. dass es bei dem verzinslichen Darlehen kein pactum de mutuo dando in unserem Sinne gebe. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Notwendigkeit, wie sie Suffrian behauptet, juristisch unhaltbar ist, aber auch den thatsächlichen, praktischen Verhältnissen oft genug widerspricht. Es mag zugestanden werden, dass in sehr vielen Fällen bei dem verzinslichen Darlehen die Verzinsung des Capitals ein wichtiges, vielleicht gar das wichtigste Geschäftsmoment bildet, dass es dem Darlehensgeber vor allem darum zu thun ist, sein Geld nutzbringend anzulegen. Er wird alsdann auch ein Interesse daran haben, dass der andere das Geld nimmt, da erst mit der Hingabe das Darlehen und damit auch die Zinsverbindlichkeit zu stande kommt. Aus Regelfällen des praktischen Verkehrs, aus wirtschaftlichen Gründen darf aber nicht eine juristische Notwendigkeit gefolgert werden. Eine andere Auffassung vertritt Kohler a. a. O. S. 227: „Durch die Verzinslichkeit wird gerade die Capitalschuld juristisch und wirtschaftlich zu etwas ganz anderem, als ohne dieselbe; gerade die Zinspflicht ist für das ganze Geschäft das massgebende und entscheidende; die ganze Hingabe des Capitals, verbunden mit der Rückzahlungspflicht, tritt in ein anderes Licht, nimmt eine andere Färbung an," wenn das Darlehen nicht gratis belassen wird, sondern gegen Zeitlohn; es ist ein fundamentaler Unterschied, ebenso wie zwischen Commodat und Miete, Kauf und Schenkung. Wie wäre es richtig zu argumentieren, dass die Capitalschuld als das entscheidende erscheine, wo gerade durch die Verzinslichkeit das Geschäft als ein Verkehrscreditgeschäft besonderer Art sich charakterisiert. Dass das

Capital schliesslich auch zurückgezahlt werden muss, denkt der Verleiher natürlich auch; in erster Linie will er aber seine jährliche Rente, und meist ist es ihm am liebsten, wenn das Capital stehen bleibt und die Rente recht lange pünktlich fliesst!“ Vom national-ökonomischen Standpunkte ist diesen Ausführungen durchaus beizupflichten. Wenn A sich verpflichtet, dem B ein Darlehen bis zu 1000 Mark zu geben, das dieser mit 4 % verzinsen will, so kann A auf Grund dieser Abrede nicht verlangen, dass B nun auch das Geld nimmt und es verzinst, dazu bedürfte es einer weiteren Willenserklärung des B, dass er sich verpflichte, das Darlehen anzunehmen. Ein solcher zweiseitiger Vertrag zu geben und anzunehmen ist aber von dem pactum de mutuo dando scharf zu trennen. In Streitfällen wird der Richter eingehend zu prüfen haben, welcher von beiden vorliegt, er darf sich ja nicht auf die Ansicht Storch's berufen, dass jeder Vertrag zweiseitig sein müsse. Wir sagen, das pactum de mutuo dando ist, einerlei, ob das mutuum verzinslich ist oder nicht, ein einseitiger Vertrag, bei dem nur der eine Contrahent, der Promissar und künftige Darlehensschuldner Gläubiger, der andere, der Promittent und künftige Darlehensgläubiger Schuldner ist.

Aus der Einseitigkeit des pactum de mutuo dando ergeben sich nun eine Reihe von Grundsätzen, die für das pactum de mutuo dando höchst charakteristisch sind. Es drängt sich die Frage auf, von wem die Erfüllung des Anspruchs aus dem pactum de mutuo dando auszugehen hat. Wenn der Promissar das versprochene Darlehen nicht braucht oder es nicht will, so wird der Promittent von seiner Verbindlichkeit frei. Der Promissar hat den Anstoss zur Erfüllung zu geben: er verlangt das Darlehen, die Rolle des Promittenten ist eine passive, ist die eines Abwartenden. Nehmen wir vergleichsweise die Stipulation: A hat sich von B eine bestimmte Summe versprechen lassen: B ist Schuldner,

er hat die versprochene Leistung an dem festgesetzten Termine oder innerhalb einer bestimmten Zeit zu machen, er bietet dem Gläubiger A die schuldige Leistung an, die dieser anzunehmen hat.

A ist nun Gläubiger aus einem pactum de mutuo dando, B sein Schuldner. Hier braucht der B die Leistung dem A nicht anzubieten, sein Anbieten hat nicht die rechtlichen Wirkungen wie bei der Stipulation. Hier gerät der Gläubiger in mora accipiendi, bei dem pactum de mutuo dando ist eine mora accipiendi schlechterdings unmöglich. Wenn A sich das Darlehen zum 1. Januar hat versprechen lassen und B es ihm an diesem Tage anbietet, er es aber nicht nimmt, so wird B frei, bei der Stipulation dagegen bleibt dieser verpflichtet. Dass Kohler zu anderen Folgerungen gelangt, ist auf seine „Consensualtheorie“ zurückzuführen. Die Abnahme des Geldes ist des Leihers (des Promissars) Recht, nicht seine Pflicht; nimmt er das Geld nicht, so ist er in mora accipiendi. Dagegen ist es seine Pflicht, Zinsen zu bezahlen“ . . So S. 230 a. a. O. Kohler scheint auch der Ansicht zu sein, dass bei verzinslichen Darlehen eine einseitige Pflicht zu geben rechtlich nicht möglich sei. Er kommt so zu einer Auffassung, die mit der Storch's und Suffrian's eng verwandt ist. Was Kohler des weiteren (S. 232) über die Gefahrtragung ausführt, baut sich lediglich auf seiner Auffassung des Darlehensgeschäftes als einer Capitalmiete auf. Deshalb kann man wohl sagen, dass das pactum de mutuo dando ein bedingter Vertrag ist, dass es unter der Bedingung „si volet creditor“ steht. Freilich wendet Degenkolb gegen diese Auffassung ein, dass dann auch jeder Vertrag auf tradere ein bedingter sein müsse, da sich die Tradition nicht vollende, wenn der Empfänger die Annahme in Gestalt der Besitzergreifung unterlasse. Worin sich aber beide Verträge, der einseitig bindende, ein Darlehen zu geben, und der auf Tradition, unterscheiden, lässt Degenkolb ausser

Ansatz. Die Verpflichtung, aus dem Vertrage zu tradieren, erlischt erst durch Verjährung, selbst wenn in der Zwischenzeit die Annahme verweigert wurde, die aus dem einseitig bindende Vertrage, ein Darlehen zu geben, erlischt in diesem Falle, erstere bedarf zu ihrem Erlöschen einer rechtsaufhebenden Thatsache, die letztere nicht. Das ist von Wichtigkeit für die Beweislast. Erstreckt sich nämlich die Verpflichtung aus dem pactum de mutuo dando auf eine gewisse Zeit und wird es nach Ablauf dieser Zeit streitig, ob der Promissar das Darlehen verlangt hat, so trifft diesen das onus probandi. Vor dem Eintritt dieser Bedingung si volet creditor besteht nur eine suspensiv bedingte Verpflichtung. Wird diese Bedingung durch die einseitige Willenserklärung des Promissars erfüllt, so entsteht dadurch noch nicht das Darlehen, es tritt aber in dem Wesen des pactum de mutuo dando, wenn wir es noch so nennen dürfen, eine entscheidende Wendung ein: Zu der Verpflichtung des Promittenten, das Darlehen zu geben, tritt nun auch noch die Verpflichtung des Promissars, das Darlehen anzunehmen: aus dem ursprünglichen pactum de mutuo dando ist jetzt ein pactum de mutuo dando et accipiendo geworden. Bietet jetzt der Promittent die Leistung, die sich gleich geblieben ist, an, so gerät der Promissar durch Nichtannahme in mora accipiendi.[1])

Als echte Bedingung kann jedoch dieses „si volet creditor“ nicht aufgefasst werden, sie entsteht mit dem pactum de mutuo dando, sie ist diesem immanent, nicht eine zufällige Parteibestimmung, ein pactum de mutuo dando ist nur dann und nur dadurch einseitig bindend, wenn es eben unter dieser „si volet Bedingung“ steht.

---

1) Adler S. 242. Vielleicht meint auch Koeppen a. a. O. etwas ähnliches, wenn er sagt, aus dem pactum de mutuo dando entspringen zwei Forderungen, eine perfekte auf die Hingabe und eine imperfekte auf die Annahme und Rückgabe.

Diese Einseitigkeit des pactum de mutuo dando zwingt uns, es mit der Offerte zu vergleichen und beide Rechtsgeschäfte gegeneinander abzuwägen. Als Offerte zu einem Realcontrakte muss die Offerte zum Darlehensvertrage notwendigerweise mit Realoblation verbunden sein, ist dies nicht der Fall, so haben wir es mit der Offerte zu einem dem Darlehen vorausgehenden Vertrage zu thun. A sucht ein Darlehen und fordert auf, ihm Offerten zu machen. Wer nun eine solche Offerte macht, der verpflichtet sich ebenfalls durch seine einseitige Willenserklärung; acceptiert A, so kommt dadurch ein zweiseitiger Vertrag zu stande, genau derselbe, der sich uns durch Erfüllung der „si volet Bedingung“ beim pactum de mutuo dando präsentiert. Und umgekehrt kommt es auf dasselbe hinaus: A will sein Geld ausleihen, es werden ihm Offerten von Darlehenssuchern gemacht, nimmt er an, so haben wir wieder das pactum de mutuo dando et accipiendo. Eine Offerte, d. h. eine einseitige Willenserklärung, durch deren Acceptation ein pactum de mutuo dando zu stande käme, ist schlechterdings undenkbar.

Die Ähnlichkeit zwischen der Offerte und dem einseitig bindenden si volet Vertrage besteht darin, dass bei beiden die Verpflichtung des Offerenten bezw. Promittenten in den Willen des Oblaten bezw. Promissars gestellt ist. Der Gegensatz beider liegt schon darin, dass das pactum de mutuo dando eben Vertrag ist, also eine Willenserklärung zweier Parteien enthält. Der Offerent haftet für das negative Vertragsinteresse, wenn durch seine Schuld der Vertrag nicht zu stande, der Promittent dagegen für das positive Erfüllungsinteresse.

III. Inhalt des pactum de mutuo dando.

§ 4.

Haben wir bis jetzt das pactum de mutuo dando lediglich als Vertrag und in seiner Beziehung zu verwandten Rechtsgeschäften betrachtet, so kommen wir nunmehr zu dem Inhalte des pactum de mutuo dando, m. a. W. zu der obligatorischen Leistung, auf die das pactum de mutuo dando geht. Der Name pactum de mutuo dando weist schon darauf hin: es ist die Verpflichtung des einen Paciscenten, dem anderen ein Darlehen zu geben. Nicht ein Geben schlechthin, wie beim Kauf oder bei der Stipulation, sondern das dare contrahendi animo. Die Leistung aus dem pactum de mutuo dando ist also der Darlehensvertrag selbst, d. h. die Hingabe einer Quantität fungibler Sachen, namentlich von Geld an einen Anderen zu Eigentum mit der Abrede, dass dieser das Empfangene in gleicher Quantität und Qualität zurückgeben solle. Damit sind wir bei dem Begriffe angelangt, der für das pactum de mutuo dando der nächst höhere ist: bei dem sogenannten Vorvertrage. Vorvertrag, — so hat ihn Thöl[1]) genannt, ist ein obligatorischer Vertrag, der auf den Abschluss eines anderen obligatorischen Vertrages als Leistung geht.[2]) Thöl definiert den Vorvertrag als

---

1) Handelsrecht I § 62 No. 1.

2) Wir nennen als Leistung des Vorvertrages ausdrücklich den obligatorischen Vertrag und nicht den Vertrag schlechthin, wie es meist geschieht. Auch der Vertrag auf Tradition, wie z. B. der Kaufvertrag, wäre dann als Vorvertrag zu dem dinglichen Vertrage der Tradition aufzufassen.

gegenwärtigen Vertrag, welcher den Abschluss eines künftigen Vertrages, des Haupt- oder Erfüllungsvertrages, verspricht.

Die Lehre von dem Vorvertrag oder dem pactum de contrahendo ist verhältnismässig noch neu. Im römischen Rechte ist der Vorvertrag bekannt, doch wenig beachtet. Die gemeinrechtliche Doktrin hat den Begriff des Vorvertrages aus verwandten mühsam herauszuschälen versucht, sie hat sich aber trotz der verdienstvollen Untersuchungen Degenkolb's über diesen Gegenstand doch noch immer nicht von alten, tiefeinwurzelten Irrtümern und falschen Vorstellungen freimachen können. Man fasste und fasst auch noch den Vorvertrag nur in seiner Beziehung zu dem Hauptvertrage auf, man lehrt, dass das pactum de contrahendo nur eine Stufe der Entwickelung des letzteren sei, man reiht seine Darstellung unter die Lehre von den pacta praeparatoria, den Tractaten und Punctationen, während der Vorvertrag seinen Platz neben den einzelnen Obligationen zu beanspruchen hat.[1])

In seinem Objekte, dem contrahere, liegt das Einzige, was den Vorvertrag von anderen Verträgen unterscheidet. „Forderungen auf ein Zurückleisten", „Austauschobligatonen" sind einzelne Gruppen im speciellen Teile des Obligationenrechts, warum reiht man ihnen nicht die „Forderungen auf Vertragsschluss" ebenbürtig an?

Die Leistung aus dem pactum de mutuo dando hat eine doppelte Funktion, eine Wirkung nach zwei Richtungen, indem sie zugleich obligationauflösend und

1) So spricht Glück IV. 106 von dem „vollkommenen" Vertrage im Gegensatze zum Vorvertrage. Selbst Windscheid a. a. O. § 310 Anm. 1 weist die Lehre vom Vorvertrage in die Lehre vom Vertragsschluss, sieht aber selbst das Verkehrte ein: . . . „aber immerhin ist die vorzugsweise wirtschaftliche Bedeutung des Vorvertrages die, dass er Vorbereitung ist zum Abschluss eines obligationerzeugenden Vertrages und dieser Bedeutung darf jedenfalls für den Lehrvortrag Rechnung getragen werden." Auch die anderen Lehrbücher der Pandekten stehen alle auf diesem einseitigen, um nicht zu sagen unrichtigen Standpunkte.

obligationbegründend ist. Der Darlehensvertrag ist in dieser Eigenschaft auch ein liberatorischer Vertrag. Der Promittent gibt zugleich solvendi wie contrahendi causa. Gegen diese Doppelnatur des Darlehensvertrages als Leistungsobjekt aus dem pactum de mutuo dando richtet Demelius seinen Angriff. Er behauptet[1]):

> „Eine Hingabe, die in einem Erfüllung und Begründung ist, und mit ihr der in dem solvendi causa Geleisteten steckende kleine Realcontrakt wäre nun allerdings ein juristisches Unding."

Das ist nichts geringeres als die Leugnung jeder novierenden Stipulation. Demelius gerät aber auch mit sich selbst in Widerspruch, da er doch pacta de contrahendo annimmt. Wenn in dem Falle der l. 68 cit. der Promittent das Geld gibt, so erfüllt er die Obligation aus dem pactum de mutuo dando und begründet zugleich die Darlehensobligation auf Rückgabe. Auch darf man nicht sagen, dass der Promittent nur solvendi causa gäbe, der Promissar nur contrahendi causa nähme, beide müssen den animus solvendi und contrahendi haben, wenn der Promittent befreit und der Promissar verpflichtet werden soll; der Promittent muss in der Absicht geben, sich zu befreien und den Promissar zu binden, der Promissar muss in der Absicht nehmen, den Promittenten zu befreien und sich zu binden.[2])

---

1) a. a. O. S. 403. Auch Brinz hat diese Auffassung: Nach ihm kann das contrahere nicht Objekt eines Vertrages sein, weil dann z. B. das credere als ein und dieselbe Handlung Aufhebung und Begründung einer Obligation wäre.

2) Vgl. l. 18, 32 D. de reb. cred. (XII. 1) und l. 44 de sol. (XLVI. 3). Diese letzte Stelle dürfte die Ansicht Brinz's und Demelius' gründlich widerlegen. Sie lautet:

> . . . item si ususfructus pecuniae numeratae legatus fuerit, evenit, ut una numeratione et liberetur heres ex testamento et obliget sibi legatarium; tandundem est, et si damnatus fuerit alicui vendere vel locare, nam vendendo vel locando et liberetur ex testamento heres et obligat sibi legatarium. (Marcianus.)

Richtig bemerkt Suffrian S. 3 a. a. O.: „Erfüllung des Consensualvertrages und Eingehung des Realvertrages sind ein und dieselbe Rechtshandlung."

Das römische Recht classificiert die obligatorischen Leistungen.[1]) l. 38 pr. de obl. et act. D. (XLIV. 7):

> Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obtringet ad dandum aliquid vel ad faciendum vel ad praestandum. (Paulus.)

Wir haben schon darauf hingewiesen, dass die Leistung aus dem pactum de mutuo dando nicht ein dare schlechthin ist, sondern dass sie auch den obligatorischen Darlehensvertrag umfasst. Dieser Vertragsschluss ist ein besonders geartetes Thun. Die Obligation aus dem pactum de mutuo dando ist wie jede Obligation aus einem Vorvertrage eine Obligatio ad faciendum. Worauf aber gehen die obligationes faciendi? das ist die immer wiederkehrende Frage. Gibt es einen vertragsmässigen Anspruch auf contrahere, ist bei dem pactum de mutuo dando nicht lediglich das Interesse Gegenstand der obligatorischen Leistung? Die unrichtige Antwort auf diese Fragen kommt wohl nur daher, dass man nicht genau zwischen dem Inhalte der Rechte und ihrer processualen Durchführung unterscheidet. „Die Identität des durch Rechtszwang schliesslich zu erlangenden specifischen Gutes mit dem an sich gegebenen Gegenstande der Forderung ist ein zwar aufgestelltes, aber — und nicht blos für das römische Recht — durchaus unrichtiges Postulat.“

l. 68 cit. die Cardinalstelle für das pactum de mutuo dando sagt:

> „quod si ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest.“

---

1) Vgl. zu folgendem Marezoll: über dare, facere praestare als Gegenstand der Obligation. Zeitschrift für Civilrecht und Process. 10. Bd. S. 219 ff.

Also nur eine Interesseforderung aus dem Darlehensvorvertrage?

Und damit eine solche Stipulation ein stipulatio certa et utilis werde, empfiehlt der Jurist, da das Interesse doch immer eine schwer bestimmbare Leistung ist, gleich beim Abschluss der Stipulation eine Strafe für den Fall der Nichtleistung festzusetzen.[1]) Dieses „id, quod interest" kehrt auch in anderen Stellen wieder.

l. 112 § 1 D. de verb. obl. (XLV. 1):

> Si quis ita stipulatus fuerit: pro centum aureis satisdari? et reum dederit in istam summam, Proculus ait, semper in satisdationis stipulatione venire, quod interest stipulantis. (Pomponius.[2])

Daneben aber haben wir andere Stellen, die das Gegenteil sagen. In l. 49 § 2 D. (XLV. 1) spricht Paulus im Gegensatze zu seiner l. 68 von einem non facere, quod fieri ex stipulatu oportet.[3])

Die genannten Stellen beschäftigen sich nur mit der stipulatio faciendi. Bei den bonae fidei obligationes ad faciendum, wie der des Mandatars, des conductor operis, des socius tritt das id quod interest gar nicht so hervor, hier ist das facere das ausschliessliche Objekt der obligatorischen Leistung, nichts liegt dem römischen Rechte ferner, als diese Obligationen in solche auf das Interesse umzuwandeln, das durch das non-facere bedingt ist. Die Stipulation ist aber in unserem Rechte nicht mehr.

Auch findet l. 68 und die verwandten Stellen noch eine andere Erklärung. Dem Juristen schwebte bei seinem Ausspruche die processuale Verwirklichung vor.

---

1) Ebenso § 7 J. de verb. obl. III. 15: Et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit.

2) l. 135 § 3 h. t. l. 13 pr., l. 43 D. (V. 1).

3) l. 81 pr. D. (XLV. 1). Über scheinbar widersprechende Stellen vgl. Sintenis a. a. O. S. 26 ff.

Daher denn folgende Aussprüche der Quellen in l. 13 § 1 D. de re jud. (XLII. 1):

> Si quis promiserit, prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiatur et faciat, neque ex ea re damnum stipulator patietur, facit, quod promisit, si minus, quia non facit, quod promisit in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.

In dieser Stelle nennt der Jurist zunächst ausdrücklich das facere als obligatorische Leistung und nicht etwa das „id quod interest". Dann aber sagt er nicht, dass bei Nichterfüllung des Faktum nunmehr eine Obligation auf das Interesse entstände, sondern nur, dass der Nichtleistende auf Geld verurteilt werde. „evenit" heisst — wir können es fast wörtlich übersetzen — „es kommt heraus" d. h. es ist die processuale Durchführung des Anspruches. Es wäre verkehrt, wollten wir das processuale Ergebnis zum Inhalt der Obligation machen. Wie würde man sich dann mit anderen Obligationen abfinden, die nicht auf ein facere, sondern ein dare gehen. Auch hier sprechen die Quellen von einem „id quod interest", so l. 1 pr. D. de act. empti et vend. (XIX. 1):

> si res vendita non tradatur in id, quod interest, agitur, hoc est quod rem habere interest emtoris. (Ulpianus.)

l. 5 § 1 D. de praescr. verb. (XIX. 5.):

> . . . sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emptionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem; in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere.

Demnach dürfen wir getrost behaupten, dass das contrahere und nicht das Interesse Gegenstand der

obligatorischen Leistung aus dem pactum de mutuo dando ist. [1])

Die Verwirklichung des Anspruches aus dem pactum de mutuo dando ist nun ähnlich wie beim Kaufvertrage: sie ist Tradition einer Quantität vertretbarer Sachen zu Eigentum, daneben der obligatorische Vertrag auf Rückgabe der hingegebenen Quantität. Dies ist die einfache und regelmässige Erfüllung der Obligation aus dem pactum de mutuo dando. Daneben dürfen aber auch noch Surrogate der Erfüllung in Betracht kommen. Der „geschuldete Abschluss eines Darlehensvertrags" kommt auch dann zu stande, wenn der Promittent dem Promissar eine Sache gibt, damit der Promissar diese verkaufe und den Erlös als Darlehen behalte, und wenn der Verkauf der Sache hierauf erfolgt.[2]) Auch ist es nicht notwendig, dass ich in eigener Person erfülle, ich kann meinen Schuldner anweisen, dem Promissar das Geld auszubezahlen.[3])

Wenn der Promissar dem Promittenten aus irgend einer anderen Obligation Geld oder sonstige vertretbare Sachen schuldet, so kann der Promittent als Äquivalent für seine ursprüngliche Leistung aus dem pactum de

---

1) Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II. S. 85: Viele der ausgezeichnetsten früheren Civilisten gingen soweit, auf Grund der citierten Stellen — § 7 J. (III. 15) l. 81 pr. l. 133 D. (XLV. 1) — zu behaupten, dass nicht das Thun, sondern das Interesse den eigentlichen Gegenstand der obligatio faciendi (also nicht blos das Äquivalent für den ursprünglichen Gegenstand) bilde. Dieser Irrtum hat seinen Grund in der mangelnden Kunde über die condemnatio pecuniaria, über welche wir erst durch die echten Institutionen des Gaius aufgeklärt sind.

2) l. 11 pr. D. de reb. cred. (XII. 1): Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, quum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereres; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. (Ulpianus.) Ebenso l. 3 § 3 D. de SC. Mac., ebenfalls eine Ulpianstelle. l. 8 C. si cert. pet. (IV. 2).

3) l. 15 D. h. t. (XII. 1): Singularis quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis.

mutuo dando mit dem Promissar vereinbaren, dass dieser das Geld als Darlehen behalte.[1])

Es erübrigt uns noch, auf die schon angeregte processuale Verwirklichung des Anspruchs aus einem pactum de mutuo dando in thunlichster Kürze einzugehen.

Das klassische römische Recht kannte nur die Geldcondemnation.[2]) Bei Nichterfüllung wurde der Promittent auf das Interesse verurteilt. Um dem Kläger den Beweis der Höhe zu ersparen, empfahlen die Juristen gleich von vorneherein eine bestimmte Summe für den Fall der Nichterfüllung festzusetzen.[3]) Nach dem Untergang des alten ordo judiciorum drang der Grundsatz durch, dass der Richter nicht nur auf der „id quod interest", sondern auch auf das facere selbst erkennen konnte.[4])

Für unser heutiges Recht hat man vielfach § 779 der Reichscivilprocessordnung angezogen: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt,

---

1) Dies ist die Ansicht Ulpian's, mit der er, so trefflich und praktisch sie auch ist, doch nicht durchgedrungen ist. So l. 15 i. f. D. (XII. 1): Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. Anders die l. 6 C. si cert. pet. (IV. 2): Si ex pretio debitae quantitatis, facta novatione per stipulationem, usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es, falsa mutuae datae quantitatis demonstratio permissa, quum obligationis non defecerit substantia, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est, ut eius praestari foenus convenit, simulatis pro infectis habitis, huiusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.

2) Gaius IV. 48: omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquid petamus, velut fundum, hominem, vestem, aureum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sed ut olim fieri solebat, aestimata re pecuniam eum condemnat.

3) Vgl. die oben S. 60 citierten Stellen.

4) l. 14 C. de sent. et interl. (VI. 75): . . . ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare.

so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat".

Auf Grund dieser Bestimmung neigen viele Juristen zu der Auffassung, dass bei dem pactum de mutuo dando der Richter die zum Abschluss des Darlehensvertrages nötige Willenserklärung des Promittenten durch Urteil ersetzen und dass darauf die Exekution auf dem gewöhnlichen Wege erfolgen könne.[1]) Das dürfte aber zu weitgehen. Uns scheint Regelsberger das richtige zu treffen, wenn er sagt:

---

1) So besonders Degenkolb a. a. O. S. 66 fg.: „Wer heutzutage aus dem Vorvertrage nur eine Verurteilung oder auch nur eine Vollstreckung auf Geldzahlung ableitet, der versagt ihm die unserer obligatio faciendi zukommende processuale Durchführung und damit die volle rechtliche Anerkennung der aus ihm entspringenden obligatio contrahendi." Ebenso Bechmann, der Kauf II. 1 § 190 fg. S. 270 im Anschluss an § 779 der C.-P.-O.: „Deshalb hat auch hier der Gläubiger, wie in anderen Fällen, wo Verurteilung zu einer Handlung vorliegt, nicht die Wahl zwischen der direkten Vollstreckung und der Geltendmachung seines Interesses. Demnach ist also der Hauptvertrag geschlossen in dem Augenblicke der Rechtskraft des Urteils. Es bedarf weder einer neuen Offerte noch einer ausdrücklichen Acceptation des Gegners. Die ihm obliegende Erklärung ist vielmehr bethätigt durch die Erhebung der Klage und ist aufrecht erhalten durch die Fortsetzung derselben bis zum rechtskräftigen Urteil. Bis dahin ist Widerruf der Klage möglich (ausdrücklich oder stillschweigend), vom Augenblicke der Rechtskraft an ist diese Möglichkeit ausgeschlossen, die Willenserklärung gilt als abgegeben nicht nur zum Nachteil, sondern auch zum Vorteil des Beklagten. Der Vertrag ist fertig, kein Teil kann von jetzt an einseitig zurücktreten."

Nach Adler a. a. O. S. 260 kommt nur mehr noch historisch § 779 C.-P.-O. und nach den „siegreichen" Ausführungen Degenkolb's die Ansicht in Betracht, dass in Bezug auf die Exekution des Ausführungsvertrages Zwang ausgeschlossen sei, dass sich die Pflicht zum Abschluss des obligatorischen Ausführungsvertrages in eine Pflicht zur Leistung des Interesses umsetzt.

Siehe v. A. Windscheid § 370 Note 18 und Kohler, Arch. S. 222 ff. Dieser ist der Ansicht, dass man nach heutigem Rechte allerdings auf Abschluss des Hauptvertrages klagen kann und dass der Hauptvertrag „in contumaciam" als abgeschlossen erklärt werden muss. Danach sei es möglich, auf Grund des Urteils und nötigenfalls der Executivklausel den Darlehensvertrag mit der Zeit richterlich herzustellen. Bei Kohler ist das nur eine Folge seiner „Consensualtheorie". Deshalb soll sich hier von selbst ergeben, dass die Construktion, welche nach Analogie von Kauf und Miete hier sofort einen zweiseitigen Consensualcontrakt annimmt mit der

„Noch jetzt bin ich der Ansicht, dass dem aus einem Darlehensversprechen Verurteilten nicht Hab und Gut verkauft werden kann, um ihn zum Gläubiger zu machen. Auch hat derjenige, dem ein Darlehen versprochen ist, bei Weigerung der Erfüllung m. E. die Befugnis, sein Geldbedürfnis anderweit zu decken und den Pflichtigen auf das allenfalsige Interesse zu belangen.“[1])

Nach unserer Meinung kann § 779 C.-P.-O. für die Realisation des Anspruchs aus einem pactum de mutuo dando (— und eines Vorvertrages überhaupt —) gar nicht in Betracht kommen. Mit Recht weist Endemann[2]) darauf hin, dass § 779 nur da anwendbar ist, wo der Schuldner verurteilt ist, eine Willenserklärung abzugeben, die nichts weiter als mündlichen Ausdruck erfordert (z. B. zur Eintragung oder Löschung im Grundbuche).

Aus dem pactum de mutuo dando entspringt nicht eine alternative Obligation auf contrahere und das id, quod interest, sondern eine einfache Obligation mit facultas alternativa. Der Promissar kann seine Klage nur auf das Interesse richten, der Promittent hat die Befugnis, die Interesseforderung durch Hingabe des Darlehens abzulösen. Wenn aber diese für den Promissar keinen Wert mehr hat — er hat z. B. das Geld anderweitig entleihen müssen —, so wird das Urteil lediglich auf Leistung des Interesses lauten.[3])

Wirkung, dass von beiden Seiten nicht auf Vertragsabschluss, sondern auf Vertragserfüllung geklagt werden kann, weitaus den Lebensverhältnissen besser entspricht und daher eine viel energischere, treffendere Construktivkraft hat.“ Wir sind anderer Ansicht über diese „Construktivkraft“.

1) a. a. O. S. 131.

2) Der deutsche Civilprocess III. S. 330.

3) So Regelsberger S. 131. Auch nach Göppert a. a. O. S. 409 verwandelt sich die Verpflichtung aus jedem Vorvertrage bei dauernder Erfüllungsverweigerung in eine Geldschuld. Eine Mittelmeinung verficht Dernburg a. a. O. II. S. 25 fg.: „der aus dem pactum de contrahendo eine Klage gegen den säumigen Mitcontrahenten auf Abschluss des Hauptgeschäftes entspringen lässt. Doch kann

Worin das Interesse besteht, wird sich nur von Fall zu Fall feststellen lassen, im allgemeinen ist es die Differenz zwischen demjenigen Betrage des Vermögens, den es durch die Leistung des Promittenten haben würde, und dem Betrage, den er durch die Leistung eines Dritten oder die Nichtleistung des Promittenten hat. In der Regel wird es in den vertragsmässig zugesicherten oder gesetzlich zu beanspruchenden Darlehenszinsen vom Tage der vertragsmässigen Abnahme für die ganze Zeit der verabredeten Darlehensgewährung bestehen. Erläutern wir dieses durch einen Rechtsfall. Der Kaufmann A hat mit dem Bankhause X einen Crediteröffnungsvertrag abgeschlossen. A hat sich ausbedungen, dass er ein Darlehen bis zu 100000 Mark in den nächsten drei Jahren entnehmen dürfe. Der Zinsfuss ist auf vier vom Hundert normiert worden, es ist auch ausgemacht worden, dass für die Forderung des Bankhauses keine Hypothek im Grundbuche eingetragen werden soll. — Nach einem Jahre verlangt A die 100000 Mark, das Bankhaus weigert sich, das Geld herzugeben. A ist genötigt, bei dem Bankhause Y diese Summe aufzunehmen. Dieses Haus verlangt aber vierundeinhalb Procent, sowie Eintragung einer Hypothek im Grundbuche. Was wird nun A von dem Bankhause X ein-

---

der Berechtigte in der Regel auch unmittelbar sein Interesse einklagen, da ein vom Gerichte festgestellter Vertrag nicht einem freiwillig geschlossenen gleichzustellen ist, vielmehr leicht neuen Streitigkeiten die Thür öffnet. Die Verurteilung in das Interesse ist derzeit nicht, wie nach römischem Rechte, die allein zu erlangende, aber doch in der Regel das praktische und angemessene, daher dem Kläger auf Antrag nicht zu versagen". Suffrian S. 5 a. a. O. ist für ein alternatives Klagerecht, der Darlehensversprecher habe das Wahlrecht zwischen Erfüllung und Schadens-Ersatzleistung, weil er nicht rechtlich gezwungen werden könne, eine Darlehensforderung zu erwerben. Vgl. auch die Entscheidungen in Seuffert's Archiv, Bd. II. S. 165, IV. Nr. 32 X. Nr. 37. auch XIII. Nr. 138. Vgl. Preuss. Landrecht I, 11 § 655: Thut er dieses nicht („d. h. erfüllt der Promittent seine Verpflichtung nicht), so kann der andere auf Erfüllung klagen, oder auch seines Orts vom Vertrage wieder abgehen, das etwa schon ausgestellte Instrument zurückfordern und auf Vergütung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens antragen."
Regelsberger, in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. XVI. S. 159.

klagen?! Doch nur das Interesse, — er hat bei dem zweiten Hause $4^1/_2$ statt 4% Zinsen zu zahlen, er kann also diesen Mehrbetrag von 500 Mark jährlich einklagen, sowie die Eintragungskosten, wenn, was sehr oft vorkommen dürfte, das Capital zunächst vier Jahre unkündbar von seiten des Darlehenssuchers sein soll, so wird sich sein Interesse auf 4×500 Mark belaufen. Wenn A noch kein Geld anderweit entliehen hat, und das Bankhaus X auf Herausgabe der 100 000 Mark belangt, so dürfte sich doch wohl kein Richter finden, der nun auch wirklich das Urteil auf Herausgabe von 100 000 Mark spricht. Der Richter wird den Kläger auf § 773 der Civilprocessordnung verweisen, es wäre gegen die Billigkeit, wenn der Kläger darauf bestände, dass gerade das Haus X ihm das Darlehen gebe, da ihm doch die Möglichkeit geboten ist, sein Geldbedürfnis anderweitig zu decken.

IV. Besonderheiten des pactum de mutuo dando.

Das pactum de mutuo dando ist obligatorischer Vertrag und steht als solcher unter den allgemeinen Vertragsgrundsätzen. Mit Rücksicht auf den besonderen Vertragsinhalt des pactum de mutuo dando — Abschluss eines Darlehensvertrages — ergeben sich eine Reihe von Besonderheiten, die wir noch zu untersuchen haben.

A. Die Form des pactum de mutuo dando.

§ 5.

Für das römische Recht kommt die Stipulationform in Betracht. l. 68 cit.:

> „Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia it venit in stipulationem, quod mea interest."

Als nudum pactum erzeugte das pactum de mutuo dando keine obligatio civilis.

Die Stipulationform kennt das heutige Recht nicht mehr. Regel ist es, dass jedwede erklärte Einigung der Parteien ein Forderungsrecht erzeugt.

Für eine Reihe von Verträgen ist jedoch particularrechtlich eine bestimmte Form, meist Schriftlichkeit festgesetzt, wenn der Wert des Leistungsgegenstandes eine gewisse Summe übersteigt. Vielfach wird die

Übertragung der Form des Hauptvertrages auf den Vorvertrag gefordert. So soll nach Windscheid[1]) aus dem Vorvertrage nur unter der Voraussetzung ein Forderungsrecht entstehen, wenn bei dem Vorvertrage alle gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, von welchen auch die Gültigkeit des Hauptvertrages abhängt. Ein Forderungsrecht entstehe aus dem Vorvertrage namentlich dann nicht, wenn das Recht für die Gültigkeit des Hauptvertrages eine Form verlange, die bei dem Vorvertrage nicht gewahrt sei.

Andere sind der Meinung, dass der Vorvertrag an eine bestimmte Form nicht gebunden sei, auch nicht der Vorvertrag zu einem formellen Hauptvertrage. Hiervon bestände nur dann eine Ausnahme, wenn für den Hauptvertrag vom Gesetz zu dem Zwecke eine Form vorgeschrieben sei, um durch sie auf die Willensentschliessung der Parteien einzuwirken, dieselben vor Übereilung zu schützen. Eine derartige Formvorschrift soll auch für den Vorvertrag gelten, da sich von selbst die Annahme verbiete, dass der Gesetzgeber der Vereitelung seiner Absicht eine Thür offen lassen wolle. Ist für den Darlehensvertrag vom Gesetzgeber die schriftliche Form für den Fall vorgeschrieben, dass die Darlehenssumme eine bestimmte Summe überschreitet, so soll also auch für den Darlehensvorvertrag, wonach sich der Promittent verpflichtet, dem anderen ein Darlehen über jene Höhe hinaus zu geben, die schriftliche Form zur Anwendung kommen. Ein stichhaltiger Grund ist jedoch für eine derartige Übertragung der Formvorschrift nicht ausfindig zu machen. Wir sind mit Adler[2]) der Ansicht, dass „eine geradezu klassische Unabhängigkeit der Gültigkeits- sowie der übrigen Erfordernisse von Vor- und Hauptvertrag besteht."

---

1) a. a. O. S. 310.

2) a. a. O. S. 224 und 230.

Es kann nun gleichwohl von den Paciscenten eine Form für das pactum de mutuo dando verabredet werden und zwar mit verschiedener Rechtswirkung.

B. Unzulässigkeit der Cession bei dem pactum de mutuo dando.

§ 6.

Durch die Cession eines Forderungsrechtes tritt ein neues obligatorisches Verhältnis in subjektiver Beziehung an Stelle des alten, was von dem der Cession zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse fortdauert, ist nichts als sein Inhalt in seiner Beziehung auf den Schuldner. Gerade diese Änderung in subjektiver Beziehung drängt uns die Frage auf, kann der Promissar durch eine einseitige Willenserklärung sein Recht auf Abschluss des Darlehensvertrages einem beliebigen Dritten mit der Wirkung einräumen, dass dieser von dem Promittenten Abschluss des Darlehensvertrages verlangen kann. Es gibt eine Reihe von Forderungsrechten, bei denen die Cession unzulässig ist. Es sind dies Forderungsrechte, die in Bezug auf den Gläubiger höchst persönlich sind. Bei ihnen würde eine Veränderung in der Person des Gläubigers eine Veränderung des Inhaltes der Obligation involvieren.

Auch bei dem pactum de mutuo dando tritt die „subjektive Seite" des obligatorischen Verhältnisses in den Vordergrund. Das pactum de mutuo dando gründet sich auf die Creditwürdigkeit, die der Promittent von dem Promissar voraussetzt. Wem würde es einfallen, sich für die Hingabe eines Darlehens verbindlich zu machen, wenn er weiss oder annimmt, dass ihm das Darlehen nicht zurückgezahlt wird? Dieses Vertrauen, das der Promittent in den Promissar setzt, bildet die Grundlage der rechtlichen Beziehung, die durch das pactum de mutuo dando zwischen beiden

geschaffen ist. Wenn nun der Promissar sein Forderungsrecht einem anderen cedieren wollte, so würde er ihm dadurch seine Grundlage entziehen, damit würde das Forderungsrecht in sich zusammenstürzen. Leistung und Leistungempfänger sind bei dem pactum de mutuo dando auf's engste mit einander verbunden, werden sie willkürlich zu trennen versucht, so droht auch das Schuldverhältnis unterzugehen. Der Promittent braucht keinen neuen Gläubiger anzunehmen, den ihm der Wille des Promissars aufdrängt. Eine Cession des Anspruchs aus dem pactum de mutuo dando ist nichtig. —

Auch lässt sich für die Unzulässigkeit der Cession noch der Grund geltend machen, dass durch die Realisation des Anspruchs aus dem pactum de mutuo dando der Promittent Darlehensgläubiger, und der Promissar Darlehensschuldner wird. Tritt nun durch einen Cessionakt ein neuer Promissar an Stelle des ersten, und wird dann das pactum de mutuo dando erfüllt, so hätte der nunmehrige Gläubiger aus dem Darlehensvertrage einen neuen Schuldner. Zu dieser Schuldübernahme bedarf es aber der Zustimmung des Gläubigers, wird sie versagt, so kann jene nicht mit Rechtswirkung geschehen, vielmehr bleibt der ursprüngliche Schuldner dem Gläubiger verpflichtet.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Cession bei dem pactum de mutuo ist von der Praxis fast durchweg verneint worden.

„Wenn es nun keinen Zweifel leidet, dass die Concursgläubiger vermöge ihrer einem Cessionar analogen Stellung als mandatarii in rem suam die Vollziehung zweiseitiger, vom Cridar abgeschlossener Contrakte verlangen können, wenn sie die dem Cridar obliegende Leistung völlig und unverändert zu offerieren im stande sind, so trifft diese Voraussetzung jedenfalls da nicht zu, wo die Leistung des Cridars in der Übernahme einer später zu erfüllenden Verbindlichkeit besteht, bei der auf die Persönlichkeit des Leistenden Rücksicht

genommen ist. Denn in diesen Fällen würde der Wechsel des Schuldners zugleich eine Veränderung der Leistung selbst involvieren, die der Gläubiger sich nicht gefallen zu lassen braucht. Nun ist es aber klar, dass für den, der ein Darlehen verspricht, die Rücksicht auf die Person des Erborgers eine ganz wesentliche ist. Der Entschluss dazu hängt in der Regel [— ob faktisch in jedem Falle, ist gleichgültig —] nicht nur davon ab, was er von den Vermögensumständen des Erborgers hält, sondern auch, ob er sich bei ihm nach seinem Charakter und allen seinen persönlichen Verhältnissen einer gewissenhaften und pünktlichen Erfüllung der künftigen Schuld versehen zu können glaubt. Hat der Darleiher durch eine bedungene Verpfändung für seine Sicherheit gesorgt, so wird dadurch zwar die Wichtigkeit jener aus der Person des Schuldners entnommenen Bestimmungsgründe mehr oder weniger geschwächt, die Vermutung aber, dass diese Bestimmungsgründe mit von Einfluss gewesen seien, ist in keiner Weise aufgehoben. Daraus folgt, dass jede Übernahme einer Darlehensschuld durch einen anderen als den vertragsmässigen Erborger, sich für den Darleiher stets als eine veränderte Leistung darstellt, die ihm nicht aufgedrungen werden kann, auch wenn der neue Schuldner das bedungene Pfand zu bestellen bereit ist, und dass folgeweise der Anspruch auf Auszahlung eines versprochenen Darlehens nur vom Erborger selbst, nicht von Cessionar oder Concursgläubiger derselben geltend gemacht werden kann. Der Umstand, dass der Cessionar in Bezug auf seine Vermögensverhältnisse etwa ein annehmlicherer Schuldner sein würde, ist juristisch unerheblich, da der Darleiher darüber, wie viel oder wenig er sich durch persönliche Rücksichten zu seinem Versprechen hat bestimmen lassen, keine Rechenschaft zu geben.[1])

1) So treffend ein Erkenntnis des O. A. G. Lübeck vom 10. Nov. 1866 abgedruckt in Seuffert's Archiv, Bd. XXV. Nr. 212. Ebenso die Entscheidung daselbst, Bd. XXV. 19.

Eine andere Frage ist es aber, wenn nicht das Forderungsrecht, sondern nur die Ausübung dieses Rechtes übertragen werden soll. [Eine Übertragung quoad exercitium juris, nicht quoad jus!] In diesem Fall bleibt das obligatorische Verhältnis zwischen Promittent und Promissar bestehen, es tritt nur noch ein anderes zwischen dem Promissar und dem Drittcontrahenten hinzu. Der Promissar behält sein Recht gegen den Promittenten, räumt aber dem Dritten das Recht gegen sich und nicht wie bei der Cession gegen den Promittenten ein, ihm die faktische Ausübung des Rechtes zu überlassen. Es wird also die Leistung wie bei einer Cession an den Dritten zu erfolgen haben, der Dritte ist Stellvertreter im Empfange, der Promissar aber wird durch die Zahlung Darlehensschuldner. —

Gegen dieses Cessionssurrogat ist nichts einzuwenden, ihm stehen nicht die Bedenken gegenüber, die die Cession des Anspruchs aus einem pactum de mutuo dando für unzulässig erscheinen lassen.[1])

---

2) Ebenso Adler S. 266. o. a. O. Eigentümlich Kohler a. a. O. S. 235: „Die weitere Frage, ob der Leiher berechtigt ist, seinen Geldanspruch zu cedieren, ist unbedenklich zu bejahen. Natürlich wird dadurch lediglich die Zahlung des Geldes an den Dritten bewirkt, nicht auch, dass der Dritte des Darlehen zu verzinsen und zurückzuzahlen hat; diese Verpflichtungen obliegen dem Leiher und verbleiben ihm." Ist aber diese Anweisung an einen Dritten als Empfangsberechtigten eine Cession?! Vgl. auch noch Förster, Preuss. Pr. R. 6. Aufl., besorgt von Eccius, Bd. II. S. 238. Hier wird darauf hingewiesen, dass, wenn pactum de mutuo dando und mutuum in einen einheitlichen Vertrag zusammenfallen, das Recht aus diesem Vertrage frei cessibel sein müsste, da es sich nicht um Hingabe einer Summe „als Darlehen", sondern nur um Zahlung der Summe aus dem bereits geschlossenen Darlehensvertrage handeln würde. Für die Praxis s. v. a. eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Cöln vom 8. V. 85 im Arch. f. Civ.- u. Crim.-Recht der Kgl. Rheinprovinz 86. Bd. (79 Bd. d. N. F.) 1894 I. Abt. S. 78 und ein Urteil des Reichsgerichts in derselben Sache, abgedruckt ebenda 2. Abt. S. 98.

C. Pactum de mutuo dando und clausula rebus sic stantibus.

§ 7.

„Wer die Hingabe eines Darlehens versprochen hat, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, welche den Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet."

So bestimmt § 550 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Wird er zum Gesetze, so dürfte mit jener Bestimmung einer Rechtsunsicherheit ein Ende gemacht sein, der wir bis jetzt immer wieder begegnen. Schon das preussische Landrecht hat eine ähnliche Bestimmung getroffen: I. T. 11. Tit. § 656:

> „Gegen eine solche Klage (nämlich auf Erfüllung des Darlehensvorvertrages) kann der Versprecher des Darlehens hauptsächlich mit dem Einwande der veränderten Umstände sich schützen."

und § 657:

> „Dahin gehört besonders, wenn nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögensumständen des Borgers Veränderungen vorgefallen sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen hat, geschmälert werde."

Diese Bestimmungen sind die Nachwirkung der Lehre von der clausula rebus sic stantibus. Die clausula rebus sic stantibus selbst gehört der Vergangenheit an. Niemand zweifelt mehr daran, dass die clausula rebus sic stantibus bei Verträgen sich nicht von selbst verstehe. Ein Vertrag, der materiell und formell rechtsgültig zu stande

gekommen ist, kann nicht hinterher von einem Contrahenten deswegen angefochten werden, weil inzwischen Umstände eingetreten sind, unter denen der Abschluss des Vertrages nicht stattgefunden hätte. [— Vor der Tradition einer verkauften Sache ist diese bedeutend im Werte gestiegen usw. —]

Das erkennen schon die Quellen an; l. 85 § 1 de reg. jur. D. (L. 17):

> Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.[1])

Allein die Praxis neigt, wo nicht gesetzliche Bestimmungen das Rücktrittsrecht wegen ‚veränderter Umstände' dem Promittenten zugestehen, diesem Rechte zu. Freilich gewährt sie es nicht aus kleinlichen Anlässen [— der Promittent hat dem Promissar beispielshalber ein Darlehen zu 3% versprochen, nun kommt ein anderer und bietet ihm 4%, deshalb will er vom Vertrage zurücktreten —], sondern nur dann, wenn nach dem Abschluss des pactum de mutuo dando in den Vermögensverhältnissen des Promissars solche Änderungen eingetreten sind, die die Rückzahlung des versprochenen Darlehens gefährdet oder gar unmöglich erscheinen lassen. Es widerspricht der bona fides, wenn ich Jemandem, ohne selbst gebunden zu sein, zum Abschluss eines Vertrages zwingen wollte, den ich selbst nicht erfüllen kann.

„Es kann die Ansicht nicht gebilligt werden, dass ein klarer, unzweideutiger Creditvertrag nicht gehalten zu werden braucht, wenn Umstände eintreten oder bekannt werden, unter welchen die spätere Restitution des zu Creditierenden oder des Wertes gefährdet erscheint, sondern auch für diese Verträge ist die allgemeine

---

1) l. 3 C. (IV. 65) und l. 38 D. (XLVI. 3) enthalten jus singulare.

Rechtsnorm anzuwenden, dass der Verpflichtete sich der Erfüllung seiner Leistung erst dann entziehen kann, wenn nach Abschluss des Vertrages der zur späteren Gegenleistung gehaltene Empfänger seine Zahlung eingestellt hat oder in eine diesem Zustande gleich zu achtende Lage geraten ist.“[1])

1) So ein Erkenntnis des Ob.-B. Hamburg vom 5. März 1877, bei Thöl a. a. O. § 246 Note 1.

Vgl. Entsch. d. R.-O.-H.-G. Bd. XXIII. Nr. 48. Seuff. Arch. VI. 137. X. 7, XXVI. 212, N. F. XIV. 37. Adler S. 269 a. a. O. Dernburg § 85. A. M. Suffrian a. a. O. S. 7.: „Es ist allerdings hart für den Darlehensversprecher, dass er selbst dann, wenn er mit Gewissheit voraussehen kann, dass der künftige Darlehensschuldner zahlungsunfähig sein wird, von seiner Verpflichtung nicht frei wird. Diese Härte erscheint indessen durch den Umstand gemildert, dass der Darlehensversprecher ein Wahlrecht zwischen Erfüllung des pactum de mutuo dando und Schadensersatzleistung hat.“ Wir sind dagegen der Ansicht, dass in solchen Fällen auch von einer „Schadensersatzleistung“ nicht gesprochen werden darf.